

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO EM DIREITO**

**ANNA CAROLINA PEREIRA CESARINO FARACO LAMY**

**O ACORDO DE LENIÊNCIA E SUA (IN)COMPATIBILIDADE  
COM O DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANTIVO**

**Florianópolis  
2014**



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM  
MESTRADO EM**

**ANNA CAROLINA PEREIRA CESARINO FARACO LAMY**

**O ACORDO DE LENIÊNCIA E SUA (IN)COMPATIBILIDADE  
COM O DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANTIVO**

Dissertação submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, para obtenção do Grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre  
Morais da Rosa

Florianópolis  
2014

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,  
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Lamy, Anna Carolina Pereira Cesarino Faraco

O acordo de leniência e sua (in)compatibilidade com o  
devido processo legal substantivo / Anna Carolina Pereira  
Cesarino Faraco Lamy ; orientador, Alexandre Moraes da  
Rosa - Florianópolis, SC, 2013.

236 p.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa  
Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-  
Graduação em Direito.

Inclui referências

1. Direito. 2. Acordo de leniência - delação premiada -  
direito penal econômico - processo penal constitucional. I.  
Rosa, Alexandre Moraes da. II. Universidade Federal de  
Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em Direito. III.  
Título.

**Anna Carolina Pereira Cesarino Faraco Lamy**

**TÍTULO DA DISSERTAÇÃO**

Esta Dissertação foi julgada adequada para obtenção do Título de “Mestre”, e aprovada em sua forma final pelo Programa de Mestrado em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.

Florianópolis, 05 de Julho de 2013.

---

Prof. Dr. Luiz Otávio Pimentel  
Coordenador do Curso

**Banca Examinadora:**

---

Prof. Dr. Alexandre Moraes da Rosa  
Orientador  
Universidade Federal de Santa Catarina

---

Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho  
Universidade Federal do Paraná

---

Prof. Dr. Aury Lopes Junior  
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

---

Prof. Dr. Diogo Malan  
Fundação Getúlio Vargas Rio de Janeiro



Ao meu marido – Eduardo Lamy – o amor da minha vida, a razão de cada dia, cada sorriso, cada vitória! “I will love you, until the end of times”. Este trabalho é nosso, meu amor!

Ao meu avô – Moacyr Pereira – que acreditou na Justiça até seus últimos dias, e me conduziu a esta utopia maravilhosa!

À minha avó, Anna Cesarino Faraco, meu exemplo, minha inspiração, minha luz, meu anjo da guarda. Amo-te pra sempre, vó! Você vai estar sempre em mim, e eu em você!





## **AGRADECIMENTOS**

Antes de qualquer um agradeço aos meus pais. À minha mãe, Ana Margareth Pereira Faraco, que é a criatura mais doce, amorosa e abdicada do mundo. Ela ama incondicionalmente e não pede nada em troca. Tem os maiores e melhores valores que um ser humano deve ter. É MÃE com letras garrafas. Ao meu pai, Gilberto Clóvis Cesarino Faraco, que é o homem mais honesto, justo, dedicado à família, trabalhador e guerreiro que eu conheço. Quero ter pra sempre a sua pureza de alma e sinceridade de espírito, papi! Ainda quero ser que nem vocês quando crescer. Devo tudo a vocês! Amo-os incondicionalmente!

À minha irmã, Ana Luiza Pereira Faraco. Minha melhor amiga, o ombro onde eu choro, a pessoa com quem divido as boas gargalhadas da vida, pelas conversas de madrugada, pelos segredos guardados, pelas muitas brigas inflamadas, e pelas reconciliações cheias de amor! Eu confio em ti, pequena! Quero vê-la voar alto, no lugar que tu mereces, no lugar onde já estais chegando!

Às minhas amigas/irmãs (vocês sabem quem são!). Obrigada por me aceitarem e me amarem do jeito que eu sou! We will never fade!

Ao meu orientador, Alexandre Morais da Rosa, pelo voto de confiança, pelas ideias divididas, pelas oportunidades e pela amizade!

Aos meus colegas de trabalho, principalmente ao Julio G. Müller e ao Bernardo Beltrão Campos Pontes, por acreditarem que a Academia e a Advocacia estão intimamente ligadas, e por me darem espaço para crescer e me tornar a pessoa que eu sei que serei um dia!

Aos meus alunos/amigos que me rejuvenescem a cada semestre, o meu elixir da vida eterna! Obrigada pelo carinho!



## **RESUMO**

Devido ao fenômeno da globalização econômica a ordem econômica passou a ter sua tutela garantida pelo próprio Estado, por força de previsão constitucional. Surge, portanto, nova categoria de bem jurídico, que pode se traduzir na adequação das atividades mercadológicas às diretrizes postas pelo Poder Público.

No intuito de dar maior rigor às sanções que recaem sobre os sujeitos que atuam no sentido de desestabilizar essa nova ordem posta as infrações em face da ordem econômicas foram tipificadas, alçando-se à categoria de crime – previstos na Lei n. 8.137/90 – e tendo pena de restrição de liberdade prevista.

Dentre os crimes dessa natureza restou consignada a conduta descrita pelo Ministério da Justiça como coalisão de empresários de um mesmo ramo para fins de monopólio de mercado – também chamado cartel. Os cartéis foram apontados na Cartilha de Combate a Cartéis e Acordo de Leniência como crime econômico mais grave ao bom funcionamento da lógica de mercado, e buscando combatê-lo foi importado do modelo Norte-Americano o chamado acordo de leniência, previsto no ordenamento brasileiro no artigo 87 da Lei n. 12.529/2011 – a Nova Lei Antitruste.

Consiste ele, basicamente, em modalidade de delação premiada convencionada no âmbito do direito concorrencial, de modo que o proponente entra em contato com o Conselho Administrativo de Defesa Econômica e se dispõe a cumprir os requisitos impostos à concessão do prêmio de imunidade criminal e administrativa, dentre os quais se destaca a obrigatoriedade de auxiliar na coleta probatória a fim de fazer cessar a conduta dos demais coautores e facilitar a deflagração de ação penal em face deles.

Conforme dito acima o reflexo automático da celebração do acordo de leniência no âmbito antitruste é a extinção da punibilidade em matéria criminal. Contudo, vem-se discutindo se a maneira como resta convencionado o acordo não violaria a obrigatoriedade do Ministério Público em apresentar a ação penal pública incondicionada, e se a decretação da extinção da punibilidade não dependeria de decisão judicial.

Contudo, a participação do Ministério Público nos trâmites do acordo de leniência pode levar a séria irregularidade, a posterior propositura de ação penal em face do leniente, valendo-se das próprias provas por ele angariadas. Justamente a essa ponderação se presta o presente trabalho,

munido da lógica de garantismo penal e a partir do devido processo legal constitucional, busca-se demonstrar que não é válida a atuação do Órgão Acusatório por violar sobremaneira o regramento constitucional.

**Palavras-chave: Processo Penal Constitucional – Devido processo legal material/constitucional – Teoria Geral do Garantismo Penal – Acordo de Leniência.**

## **SUMÁRIO**

<b>INTRODUÇÃO</b>	<b>15</b>
<b>CAPÍTULO I – DIREITO PENAL: ENTRE ACORDOS E DELAÇÕES</b>	<b>19</b>
<b>1.1. NOÇÕES E CONCEITOS NECESSÁRIOS À INTRODUÇÃO DO TEMA</b>	<b>19</b>
<b>1.1.1. Globalização econômica e Multiculturalismo</b>	<b>20</b>
<b>1.1.2. Direito Penal Econômico e Crimes contra a ordem econômica</b>	<b>24</b>
<b>1.1.3. Considerações acerca do delito de cartel</b>	<b>31</b>
<b>1.2. CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DA DELAÇÃO PREMIADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO</b>	<b>41</b>
<b>1.2.1. Breves considerações e conceitos a respeito da delação premiada</b>	<b>42</b>
<b>1.2.2. A delação premiada no Brasil: sua implementação e utilização como elemento de convicção dos Magistrados</b>	<b>54</b>
<b>1.2.3. Delação premiada no PLS 156/2009 – Novo Código de Processo Penal e PLS 236/2012 – Novo Código Penal</b>	<b>54</b>
<b>CAPÍTULO II – ACORDO DE LENIÊNCIA: BREVE ESCORÇO HISTÓRICO E LEGISLAÇÃO ANTITRUSTE BRASILEIRA</b>	<b>65</b>
<b>2.1. O ACORDO DE LENIÊNCIA</b>	<b>65</b>
<b>2.1.1. Breve esboço histórico a respeito do acordo de leniência</b>	<b>66</b>
<b>2.2. O ACORDO DE LENIÊNCIA NA LEGISLAÇÃO ANTITRUSTE BRASILEIRA</b>	<b>83</b>

**2.3. DIREITO “ADMINISTRATIVO-PENAL” OU “DIREITO DE INTERVENÇÃO” 93**

**2.4. A NOVA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA – LEI N. 12.529/2011 – E SEUS ASPECTOS RELEVANTES 103**

**2.4.1. O termo de compromisso de cessação de conduta – sua (in)compatibilidade com o devido processo legal constitucional e a exigência de confissão de culpa 113**

**2.4.2. Combate a cartéis e acordo de leniência no Brasil – cartilha do Ministério da Justiça e aplicação do instituto no ordenamento brasileiro 121**

**2.4.2.1. Cartilha de combate a cartéis e acordo de leniência 125**

**2.4.2.2. Requisitos para a concessão do acordo de leniência e sua previsão na nova lei de defesa da concorrência 131**

**CAPÍTULO III – A LENIÊNCIA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANTIVO 141**

**3.1. PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL: “PROCESSO PENAL PARA QUE(M)?” 149**

**3.1.1. Devido processo legal substantivo, material ou constitucional 155**

**3.2. O ACORDO DE LENIÊNCIA, A PRÁTICA DE APRESENTAÇÃO DE DENÚNCIA CONTRA O LENIENTE E SUA (IN)COMPATIBILIDADE COM O DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANTIVO 163**

**3.3. A TIPICIDADE CONGLOBANTE E O *VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM* COMO ARGUMENTOS CRÍTICOS À DISSONÂNCIA DO ACORDO DE LENIÊNCIA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL CONSTITUCIONAL 195**

3.3.1. A tipicidade conglobante de Zaffaroni como prova da incompatibilidade da apresentação de denúncia contra o leniente após a celebração do acordo de leniência e o devido processo legal constitucional	196
3.3.2. O resultado prático da decretação de extinção da punibilidade: falta de condição da ação – impossibilidade de propositura de ação penal	208
3.3.2.1. Pedido condenatório impossível	209
3.3.2.2. Falta de interesse de agir – existência de autocomposição	211
3.3.3. O princípio da boa-fé do Estado e a vedação ao <i>venire contra factum proprium</i> como demonstração da inobservância ao devido processo legal Constitucional	213
CONCLUSÃO	221
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	225





## INTRODUÇÃO

A introdução deste trabalho parte de um reconhecimento importante de seu núcleo. Não se trata de uma análise do Acordo de Leniência na perspectiva processual penal, mas, sim, a partir do Processo Constitucional Penal. Este se encontra ligado à lógica de processo como instrumento de proteção das diretrizes constitucionais do sujeito a ele submetido, e está, intimamente, vinculado ao devido processo legal em sua modalidade material.

Não basta, pois, a importação de institutos naturais de um sistema de *Common Law* sem que sejam devidamente adequados aos ditames constitucionais e pensados a partir da Constituição da República de 1988 para que tenham legitimidade perante o ordenamento brasileiro. Exatamente, nesta linha, é que se confronta o Acordo de Leniência, instituto previsto no artigo 87 da Lei nº 12.529/2011, com o devido processo legal material já que, muito embora haja previsão expressa da extinção da punibilidade como reflexo automático em âmbito penal, a prática e, principalmente, a atuação do Ministério Público, vêm autorizando que seja apresentada denúncia após sua celebração.

Pode-se afirmar que a ideia deste trabalho surgiu intimamente ligada ao inconformismo despertado, na Mestranda, através da leitura de artigo científico publicado na Revista Brasileira de Ciências Criminais nº 215, de autoria de Rafael Junior Soares e intitulado ‘Da impossibilidade do uso de acordo de leniência como forma de impedir o oferecimento de denúncia pelo Ministério Público’.

Neste artigo, é feita uma leitura do instituto como meio de boicote da atuação punitiva do Estado por meio do Ministério Público sendo, completamente, ignorada a intenção da implantação do Programa de Leniência: a erradicação de cartéis no Brasil. O crime de cartel foi apontado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) como a lesão mais séria à livre concorrência e, conseqüentemente, em um exercício bem conhecido, o Estado acabou criminalizando tal conduta que, antes, encontrava repressão exclusivamente em âmbito administrativo. Sendo, a ordem econômica, bem jurídico tutelado pelo Estado, conforme a dicção constitucional, este se viu no papel de trazer maior rigor ao tratamento de afrontas ao bem jurídico ordem econômica, em ascensão, e, por meio da Lei nº 8.137/90, tipificou as condutas referentes à suposta afronta à livre concorrência e às diretrizes de adequação de mercado.

Voltando ao texto apresentado à Revista Brasileira de Ciências Criminais, provocação máxima no início desta pesquisa, o que se defende é que, muito embora haja previsão expressa no sentido de assegurar o reflexo penal imediato da extinção da punibilidade na esfera penal, uma vez celebrado o Acordo de Leniência, o Ministério Público teria legitimidade para propor ação penal e inserir o leniente no seu polo passivo.

Ora, ocorreria o seguinte: de um lado, o componente de cartel procuraria as autoridades antitruste prometendo colaborar com a investigação e auxiliar na cessação do cartel; as autoridades, por sua vez, explicariam – e prometeriam – a concessão de imunidade administrativa e penal. Com isto, seria celebrado verdadeiro contrato entre o sujeito de direitos e a Administração Pública em que, aquele se comprometeria a produzir provas suficientes para auxiliar na investigação e punição dos demais coautores da conduta anticoncorrencial e, a este coautor da conduta, conceder anistia.

Após a concessão dos benefícios pelo Tribunal Administrativo, o leniente, em um determinado momento, é surpreendido por intimação na qual é exigida a apresentação de resposta à acusação por suposta conduta cartelizadora. Além disso, constata que toda a justa causa utilizada pelo Órgão Acusatório está consubstanciada justamente na prova que lhe foi exigido produzir! Ou seja, de um lado, é prometida imunidade, de outro, são usados elementos de convicção produzidos pelo próprio sujeito de direitos para condená-lo pela infração prevista no artigo 4º da Lei n. 8.137/1990. Todo este procedimento, portanto, caracteriza verdadeira fraude do Poder Público em face do leniente.

A Mestranda, diante dessa possibilidade de fraude, se deixou provocar pela lógica de que o processo, seja ele judicial ou administrativo, deve ser conduzido pelas noções de devido processo legal material nas quais se insere a autorização ao direito ao silêncio como meio de defesa e a não produzir provas contra si mesmo. Ademais, o corolário do processo penal constitucional está baseado na ideia de que produzir a carga probatória compete ao Ministério Público para que seja assegurada a regra do estado de inocência.

Para AURY LOPES JR., a eficiência do processo em determinado ponto, pode ser aferida na medida em que é, efetivamente, mantido o estado de inocência. No caso da celebração de leniência sucedida por apresentação de denúncia, o que se está a defender, transversalmente, é uma verdadeira fraude ao leniente que produz toda a prova necessária a auxiliar o Poder Público na cessação de conduta

prejudicial à ordem econômica e se vê processado a partir das próprias provas que entregou ao Ministério da Justiça.

Partindo-se, pois, da ilegalidade gritante dessa prática fomentada por trabalhos acadêmicos, viu-se a necessidade de propor um trabalho no qual fosse demonstrado, claramente, que a atuação posterior do Ministério Público traduz-se em ilegalidade inexorável e inescusável que deve ser, de plano, rechaçada e repudiada a partir da lógica de processo como instrumento de garantia da observância de direitos fundamentais.

Assim, começando pela análise de temas importantes à compreensão das conclusões que serão, gradativamente, apresentadas ao longo deste trabalho, e passando pelo modelo de Programa de Leniência, sua implementação no Brasil, seus requisitos e critérios, chega-se, no terceiro capítulo, à análise do Acordo de Leniência no Brasil a partir da obrigatoriedade de atuação do Estado premido pelas diretrizes do devido processo legal substantivo.

Espera-se, por meio desta Dissertação, despertar a discussão a respeito do Acordo de Leniência a partir do regramento que deve consolidá-lo, ou seja, aquele contido na Constituição da República de 1988, de modo a garantir que todo sujeito envolvido em cartel não acabe sendo lesado em seu direito de liberdade em função de atuação absolutamente inconstitucional do Ministério Público.

Florianópolis, verão de 2014.



## CAPÍTULO I – DIREITO PENAL: ENTRE ACORDOS E DELAÇÕES

### 1.1. NOÇÕES E CONCEITOS NECESSÁRIOS À INTRODUÇÃO DO TEMA

Neste primeiro ponto serão abordados alguns conceitos de suma importância para a compreensão e construção das conclusões do presente trabalho. Dentre eles, indispensável tratar dos tópicos referentes à Ordem Econômica, título que foi inserido na Constituição de 1934, consagrando a valorização do mercado e o deslocamento de sua tutela ao Estado. Também é imprescindível que seja feita breve introdução aos crimes contra a ordem econômica, uma construção punitiva fulcrada justamente na admissão de nova modalidade de bem jurídico<sup>1</sup>, qual seja, o mercado e a economia.

Para Welzel e Zaffaroni (2008, p.399), entende-se por bem jurídico “XXXXX

Ao tratar de crimes econômicos, não se pode omitir a abordagem à uma nova vertente ideológica que vem se estabelecendo em nosso sistema, ou seja, a ideia de punição exclusivamente administrativa em uma estratégia de despenalização dos crimes econômicos, além de reserva dos estabelecimentos criminais a autores dos demais crimes previstos na legislação penal. A esse novo pensamento, dá-se o nome de direito administrativo-penal<sup>2</sup> que vem baseado na lógica de garantias constitucionais e menor onerosidade<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> A respeito do conceito de bem jurídico, destacam-se WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal – Uma introdução à doutrina da ação finalista**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011; e ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. v. 1. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 399.

<sup>2</sup> Dentre outros que falam de uma nova via entre direito penal e administrativo, pode-se citar HASSEMER, cuja teoria terá atenção especial no segundo capítulo.

<sup>3</sup> A menor onerosidade aqui pensada não apenas para o autor de infração penal, mas também para o próprio Estado, é a superpopulação carcerária e a falta de condições dos estabelecimentos prisionais muito ligadas à deficiência de espaço físico e estrutura mínima. Trata-se, para o Estado, de um paliativo que reduzirá a progressiva população carcerária e punirá os chamados crimes de colarinho branco com penalidades eminentemente pecuniárias. Dentre os autores que se dedicam a esse entendimento, pode-se citar POSNER.

Para que seja traçado um cenário para todo o fenômeno mercadológico indispensável que se fale dos novos conceitos de multiculturalismo e globalização econômica, ambos sendo fruto da consagração do regime capitalista e da nova era de redução de distância oportunizada pela revolução tecnológica.

E, finalmente, para que seja possível ingressar propriamente no tema leniência, bem como possibilitar a discussão do instituto sob a égide do devido processo penal e de sua adaptação às diretrizes traçadas pela Constituição da República de 1988, indispensável tratar do crime de cartel, o qual motivou a implementação do Programa de Leniência em diversos países até chegar ao Brasil.

### **1.1.1. Globalização econômica e Multiculturalismo.**

Diante de uma nova era de globalização, os indivíduos se encontram submetidos às adaptações sociais devido à redução de distância, bem como à consagração do regime capitalista, principalmente, nas sociedades ocidentais. Em função da característica social da ciência do Direito, foi possível testemunhar uma série de alterações nos já conhecidos e consagrados institutos, além da ascensão de tantos outros, motivados, principalmente, pela chamada globalização econômica<sup>4, 5, 6</sup>, esta identificada pela transnacionalidade de empresas e marcas e a edificação de mercados comuns, como o MERCOSUL

---

<sup>4</sup> BARRILARI, Claudia Cristina. **Algumas considerações sobre crimes de perigo e o direito penal econômico**. Revista dos Tribunais – Ano 100 – vol. 903 – janeiro de 2011. pp. 411/423.

<sup>5</sup> “O final do século XX e início do século XXI apresenta-se, à sociedade, uma nova forma de poder hegemônico: a globalização econômica. Neste momento da história, o campo da realidade estatal e econômica do mundo contemporâneo permite inferir a conclusão de uma nova espécie de criminalidade a qual sem fazer uso da violência corporal tradicional, nem por isso se mostra menos sensível ao desenvolvimento das relações humanas (ética, moral e Direito) comerciais, econômicas e financeiras, durante o século XXI”. In CALDEIRA, Felipe Machado. **A conformação constitucional do direito penal econômico e a impossibilidade de sobreposição de sanções administrativa e penal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais –ano 20 – março/abril de 2012. p. 332.

<sup>6</sup> FRANCO, Alberto Silva. **Globalização e criminalidade dos poderosos**. Revista Brasileira de Ciência Criminais (RBCCrim) – n. 31 – julho/setembro de 2000.

(Mercado Comum do Sul) e o NAFTA (*North America Free Trade Agreement*), nas Américas<sup>7</sup>.

Além da ascensão de uma nova modalidade de globalização, intimamente vinculada às ideias de expansão do mercado, imperativo destacar a presença do chamado multiculturalismo<sup>8</sup> que se traduz na internacionalização do estudo dos direitos humanos e na percepção de direitos fundamentais em uma perspectiva global<sup>9</sup>, o que reforça a nova ordem de integração cultural, também no que concerne à economia.

Com o novo paradigma multicultural, também se passou a conviver com o conceito de sociedade pós-moderna/pós-industrial<sup>10</sup> que consiste no reconhecimento de uma nova categoria de risco que “se diferenciam, volatizando-se no espaço e no tempo e submetendo o ser humano a perigos antes inimagináveis”<sup>11</sup>. E esse fenômeno social é

---

<sup>7</sup> Sobre o tema: **Derecho penal econômico**. Cuadernos de Derecho Judicial. Madrid.

<sup>8</sup> O multiculturalismo é um conceito advindo da noção de sociedade global que enseja a percepção dos direitos fundamentais e humanos em perspectiva planetária. Falam-se de temas como fraternidade planetária e trabalham-se os direitos individuais a partir da perspectiva global e não local (nacional). Maria de Fátima Wolkmer explica que “a sua concepção tem como pressuposto uma nova maneira de ver e edificar o mundo, ou seja, também envolve a construção de uma nova subjetividade”, marcada pela construção de um poder soberano global. Os críticos, como a professora Vera Regina Pereira de Andrade, aduzem que se trata de deslocamento de poder. Assim, passa-se a respeitar um poder soberano global que terá autorização para intervir em países e reestruturar suas prerrogativas. Muito se discute o multiculturalismo pensando-se nas sociedades orientais, eminentemente as de religião oficial muçulmana, nas quais o desrespeito à mulher enseja muitas críticas. Outros autores, como Flavia Piovesan, defendem o novo paradigma, afirmando que a tendência multicultural é inevitável, pois que um produto da própria globalização.

<sup>9</sup> Sobre esse tema destaca-se: PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

<sup>10</sup> “Tomando por base a evolução histórica da humanidade, Ulrich Beck concluiu que a sociedade pós-industrial, com sua crescente produção social de riqueza, apresenta uma extensão dos riscos inerentes à convivência, superando-se a esfera individual, chegando-se a uma dimensão de novos riscos coletivos. Daí porque se utiliza a expressão sociedade de risco”. In SILVEIRA, Renato Mello Jorge. **Direito penal supraindividual: interesses difusos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 28.

<sup>11</sup> SHIRATAKI, Ariella Toyama. **A legitimidade do direito penal econômico como direito penal de perigo – Uma análise à luz dos princípios da**

intensificado pela atuação dos meios de comunicação de massa<sup>12</sup> que fomentam a sensação de insegurança jurídica ao trazerem informações dramáticas do cotidiano mundial, tendo relevante papel na formulação da opinião pública.

Como um dos resultados da disseminação das inúmeras informações trazidas diariamente pelos veículos de comunicação, tem-se a necessidade de intensificar a tutela estatal, pois o cidadão vê e sente, claramente, os danos supostamente causados a sua esfera de integridade. E, normalmente, essa resposta mais rigorosa do Estado vem na forma da tutela jurídico-penal<sup>13</sup>, o que representa um considerável elemento ensejador da tipificação de ilícitos contra a ordem econômica<sup>14</sup>.

---

**lesividade e intervenção mínima.** Revista Brasileira de Ciência Criminais (RBCCrim) – ano 18 – nº 83 – março/abril de 2010.

<sup>12</sup> Segundo Ariella Shirataki, em referência ao trabalho de Jesús-Maria Silva Sánchez: “Os meios de comunicação contribuem para a difusão da sensação de insegurança, ao noticiarem reiteradamente ilícitos e catástrofes, tornando a vivência subjetiva dos riscos superior a sua própria existência objetiva. Com isso, entretanto, não pretende afirmar que o medo da criminalidade origina-se da atuação dos meios de comunicação, sendo mais razoável conceber que estes na verdade, reforçam ou estabilizam medos já existentes”. Op. cit. p. 10.

<sup>13</sup> “Portanto, orientado pelo escopo de transmitir à população a tranquilizadora impressão de efetividade na repressão institucional aos delitos, o Estado se utiliza do caráter simbólico do direito penal, o que, por si só, não é condenável, na medida em que possibilita, ao menos em um primeiro momento, o restabelecimento da confiança da população no ordenamento jurídico, com a estigmatização da conduta perniciososa e a demonstração da relevância do bem jurídico pretensamente tutelado. O que se revela prejudicial é transformar o simbolismo penal em função exclusiva da norma, que assim surge sem condições mínimas de cumprir as finalidades protetivas a que se propôs”. In SHIRAKI, Ariella Toyama. Op. cit. p. 10/11.

<sup>14</sup> Menciona-se apenas a título ilustrativo o caso do Mensalão que alcançou proporções gigantescas por intermédio dos veículos de comunicação. Foram criados ‘vilões e mocinhos’, exaustivamente comentados pela massa social. Ainda, com a ascensão dos crimes de colarinho branco como um problema social, criou-se uma nova categoria de Direito Penal do Inimigo – Teoria de Günter Jakobs e Manuel Cancio Meliá – fomentada pela revolta social frente à figura de homens públicos corruptos – conceito esse alimentado pela massiva atuação *midiática*. A respeito do tema, destaca-se a colaboração de SIMONE SCHREIBER em artigo apresentado no exemplar 86 da Revista Brasileira de Ciências Criminais: “A jornalista Sylvia Moretzsohn, em acurado estudo sobre a lógica empresarial da fabricação da notícia e a construção da verdade jornalística, põe em discussão algumas premissas de matriz iluminista que



Também significou considerável alteração, no ordenamento jurídico, a promulgação da Constituição Federal de 1988 que traz, em seu bojo, um novo paradigma representado pelos direitos e garantias individuais e a consagração de direitos metaindividuais – como o Direito do Consumidor – defendendo diretrizes absolutamente voltadas à dignidade da pessoa humana. A Constituição Federal de 1988 foi resultado, e reflexo, de um longo período de ditadura, marcado pela

---

supostamente norteariam a atuação da mídia, e que, na verdade, cumprem a função (mistificadora) de conferir à imprensa um lugar de autoridade, pairando acima das contradições sociais e ao mesmo tempo livre das burocracias e controles que amarram as instituições estatais. Segundo a autora, a ideia de que, no Estado Democrático, a imprensa cumpre uma função social de esclarecer os cidadãos, reportando-lhes a verdade de forma desinteressada e neutra, esconde o fato de que as empresas de comunicação agem, como não poderia deixar de ser, sob uma lógica empresarial; de que as eleições de pauta envolvem decisões políticas (e não técnicas); e de que a ‘verdade’ reportada nada mais é do que uma versão dos fatos ocorridos, intermediada pela linha editorial do veículo e pela subjetividade dos jornalistas que redigem a matéria” (fl. 338). A autora também faz interessante remissão ao texto de MÁRCIO THOMAZ BASTOS, em livro coordenado por ROGÉRIO LAURIA TUCCI (**Júri e mídia**, Editora Revista dos Tribunais, 1999) a respeito da influência da mídia nos julgamentos de crimes dolosos contra a vida, portanto submetidos à competência originária do Tribunal do Júri (art. 5, XXXVIII, *d*, da Constituição Federal), delitos estes que repercutem muito na esfera social, de modo que a mídia imbuída do intuito empresarial que possui acaba por mistificar os acusados e fragilizar as teses de defesa, eis que os componentes do Conselho de Sentença serão exatamente indivíduos da comunidade onde o suposto crime aconteceu. Citam-se, como exemplo, os recentes casos de Isabella Nardoni, Mércia Nakashima e Eloá Cristina, este último tendo pena reformada pela segunda instância, reduzindo-se a brutal condenação fixada em dosimetria da pena pela Presidente do Conselho de Sentença em noventa e oito anos e dez meses de prisão para trinta e nove anos, estando agora o apenado apto à gozar dos benefícios da progressão de regime, suposto corolário da execução da pena (Lei 7.210/1984). A autora também aduz que existe um descompasso entre a verdade que deve ser encontrada para fins de condenação criminal (verdade processual) e aquela criada pela atuação da mídia. Reporta o principal fator diferenciador à maneira como ambos, mídia e Judiciário, usam seu tempo. A primeira se pauta pela pressa, para garantir um furo de reportagem, já o Poder Judiciário premido pelos conceitos do devido processo legal contemporâneo – pensado em sua nova perspectiva material ou substantiva, em que a preocupação com celeridade abre espaço para a intenção de obtenção de provimento justo e bem fundamentado em provas suficientes e lícitas (vide capítulo III).

violência e afronta aos direitos mais caros aos indivíduos<sup>15</sup>, como a vida e a liberdade. Deste modo, a observância dos direitos previstos dentro e fora<sup>16</sup> do catálogo se tornou o foco do operador do Direito contemporâneo que deve se pautar, sempre, pela perspectiva constitucional em qualquer ramo do Direito.

O Direito Econômico passou a ter previsão constitucional desde as Constituições de 1934 e 1937, nas quais havia um capítulo referente à Ordem Econômica, “em razão da compreensão de que o papel do Estado na economia não se limitava a mero assistente do livre jogo das forças de mercado”.<sup>17</sup> Cabia, antes, ao Estado, regulamentar as forças de mercado, a fim de possibilitar o seu controle. E o controle estatal normalmente vem acompanhado da tutela penal, como já destacado anteriormente.

Com efeito, tem-se a ascensão do Direito Penal Econômico que serve como mantenedor do controle do Estado sobre o mercado diante da nova era globalizada e multicultural. Ele vem consubstanciado na importância que o mercado adquire com as novas perspectivas de acumulação de capital e legitima a força do poder soberano sobre as atividades mercadológicas exercidas pelos indivíduos.

### **1.1.2. Direito Penal Econômico<sup>18</sup> e Crimes Contra a Ordem Econômica:**

---

<sup>15</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2003.

<sup>16</sup> Lembrando que já é admitida a existência de direitos fundamentais previstos fora do catálogo do artigo 5. A respeito: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais – uma teoria geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

<sup>17</sup> REALE JR. Miguel. **Despenalização no direito penal econômico: uma terceira via entre o crime e a infração administrativa**. Revista Brasileira de Ciência Criminais (RBCCrim) – ano 7 – n. 28 – outubro/dezembro de 1999.

<sup>18</sup> Aqui, cabe destacar, brevemente, a linha de pesquisa da *Law and Economics* que projeta a ideia de que a Ciência Jurídica e a Econômica possuem imbricação e semelhanças diretas. Originária da Escola de Chicago, a Análise Econômica do Direito vem crescendo proporcionalmente à importância que as relações de mercado foram adquirindo ao passar do tempo. Teve como precursores RONALD COASE e RICHARD POSNER, da Universidade de Chicago, e GUIDO CALABRESI, da Universidade de Yale. Segundo a lição de ALEXANDRE MORAIS DA ROSA: “O estabelecimento de um critério, no caso, ‘a eficiência’, entendida como a melhor alocação de recursos, na

Com a consagração da Ordem Econômica como assunto com *status* constitucional, e pelos efeitos da já mencionada globalização econômica, passa-se a conviver com o reconhecimento de uma nova categoria de bem jurídico<sup>19</sup>,<sup>20</sup>, que, pela sua relevância, passou a

---

perspectiva do Mercado (ordem espontânea), no território da AED, implica a avaliação das Instituições por suas consequências (custo/benefício). No âmbito do Sistema Judiciário, este cotejo acontece no registro (i) Macro: da organização e administração da Justiça, especificamente no plano Legislativo e Organizacional do Ordenamento Jurídico (pluralista); e (ii) Micro: da decisão judicial *strictu sensu*, inserida no contexto do discurso jurídico” In MORAIS DA ROSA, Alexandre; CARVALHO, Thiago Fabres de. **Processo penal eficiente é ética da vingança – Em busca de uma criminologia da não violência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 26.

<sup>19</sup> Na lição de ZAFFARONI, o conceito de bem jurídico viria sempre acompanhado de exemplos ilustrativos, porque toda definição pecaria por tautologia de sua explicação, assim “Costuma-se dizer que os bens jurídicos são, por exemplo, a vida, a honra, a propriedade, a administração pública, etc. Na realidade, embora não seja incorreto afirmar que a honra é um bem jurídico, isto não passa de uma abreviatura porque o bem jurídico não é propriamente a honra, e sim o direito de dispor da própria honra, como o bem jurídico não é a propriedade, sim o direito de dispor dos próprios direitos patrimoniais. [...] O ‘ente’ que a ordem jurídica tutela contra certas condutas que o afetam não é a ‘coisa em si mesma’, e, SIM, a ‘relação de disponibilidade’ do titular com a coisa. Dito de uma forma mais simples: os bens jurídicos são os direitos que temos a dispor de certos objetos. Quando uma conduta nos impede ou perturba a disposição desses objetos, esta conduta afeta o bem jurídico e algumas destas condutas estão proibidas pela norma que gera o tipo penal”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. v. 1. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 399.

<sup>20</sup> CLAUS ROXIN apresentou relevante artigo à Revista dos Tribunais em agosto de 2012 (volume 922) em que elucida a questão que circunda o conceito de bem jurídico. Conforme esclarecido na nota anterior, seria o bem jurídico não a coisa que está sendo tutelada, mas, sim, a possibilidade ou não de dispor dessa coisa. ROXIN, em intensa crítica, examina se a finalidade do Direito Penal não seria – ao invés da proteção dos bens jurídicos – tão somente confirmar a validade da norma proibitiva. Essa lógica vem importada das noções de GUNTER JAKOBS no sentido de que “o direito penal não protegeria bens jurídicos, mas a validade da norma. Assim, em um homicídio, por exemplo, o que é jurídico-penalmente relevante ‘não é a lesão do corpo da vítima ou a retirada de sua consciência, mas a afirmação implícita e objetivada contida no fato, de que o corpo e a consciência (...) não deveriam ser respeitados. (...) Por meio dessa afirmação, (...) a norma é desmentida. Delito é,

merecer tutela estatal, na forma de repressão penal. O advento dos chamados crimes econômicos se deu justamente em consequência de todo esse processo, estando eles previstos expressamente em nosso ordenamento desde a Lei nº 4.137/62, que também criou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

Podemos admitir, como fator motivador da tipificação dos crimes contra a ordem econômica, a importância atribuída ao patrimônio em nosso ordenamento, o que se extrai de simples leitura do capítulo referente aos crimes patrimoniais no Código Penal de 1941<sup>21</sup>. Nosso sistema protegeu, enfaticamente, os bens materiais, prevendo penas, por vezes, mais altas que a dos crimes que afrontam outros direitos fundamentais que podem ser considerados mais relevantes<sup>22</sup>.

Dando continuidade à tutela da ordem econômica, tem-se, no anteprojeto da Lei nº 8.884/94 (Lei Antitruste) que reproduziu o contido na mencionada Lei nº 4.137/62, o que já havia sido reforçado pela Lei nº 8.137/90. Foi, então, a Lei nº 8.884/94, responsável por estabelecer as

---

assim, o fato de o autor desacreditar na norma”” In ROXIN, Claus. **O conceito de bem jurídico crítico ao legislador em xeque**. Trad. Alaor Leite. Revista dos Tribunais – ano 101 – v. 922 – agosto de 2012, p. 294. Essa percepção de JAKOBS se coaduna, perfeitamente, à lógica empregada, no presente trabalho, para explicar o fenômeno da criminalização, representada como fonte de legitimação do poder do Estado por meio de proibições claras que, implicitamente, escondem regras de conduta postuladas pelo próprio Estado como corretas e aceitáveis. Seria, pois, um método de robotização social, amparado pela necessidade de manutenção do monopólio da força pelo Estado, de modo a justificar o suposto cumprimento das diretrizes do Contrato Social (J. J. ROUSSEAU, 2006).

<sup>21</sup> Alterado pela reforma de sua Parte Especial em 1984.

<sup>22</sup> Robert Alexy e, no Brasil, Luís Roberto Barroso, defendem a existência de um sistema de ponderações entre direitos e princípios fundamentais. Podem-se encontrar opiniões contrárias, como a do Prof. João dos Passos Martins Neto, da Universidade Federal de Santa Catarina. No entanto, resta, amplamente, disseminada a ideia de que, dependendo do caso concreto, um princípio pode se sobrepor ao outro para servir de motivação/fundamentação a decisões judiciais. Em nossa Suprema Corte, essa prática também se tornou corriqueira, havendo exercícios de ponderações de direitos fundamentais. Para maior aprofundamento no tema ler: BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009. ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001 e **Derecho y Razón Práctica**. 1. ed. México: Fontamara, 2002.

condutas lesivas à livre concorrência e as sanções cabíveis contra elas em seus artigos 20 e 21, em âmbito administrativo, sendo que a tipificação das condutas anticoncorrenciais deve ser atribuída à própria Lei nº 8.137/90.

Importante ressaltar que a globalização foi um fator ensejador de todo esse fenômeno; no entanto, é possível ver a relação entre Direito Penal e Economia em países que não adotaram o sistema capitalista. A respeito da relação entre Direito Penal e economia, LUCIANO ANDERSON DE SOUZA se manifestou no sentido de que, além do fato de que esta relação não é novidade, nem mesmo é necessário que esteja ligada à lógica econômica do sistema capitalista. Afirmar ele que a origem remota dessa relação pode ser encontrada no Estado de Bem-Estar Social, onde o Estado visava a dois fins: a tutela do modelo econômico estatal vigente e a segurança das políticas públicas deste modelo<sup>23</sup>.

Ainda a respeito do escorço histórico e ressaltando as peculiaridades desse novo mecanismo de controle social representado pela adaptação ao novo paradigma mercadológico, Souza prossegue tratando da evolução da *delinquência* econômica aduzindo que, na primeira etapa, tem-se a busca pela erradicação de distorções a respeito desta delinquência, seguida pelos reflexos da Revolução Industrial. Nesta época, já existe a preocupação de corrigir alguns efeitos danosos para fins de manutenção do sistema posto além da efetiva manutenção deste complementada pelas políticas públicas implementadas pelo Estado que, então, se revela intervencionista<sup>24 25</sup>.

Em outras palavras, a tutela penal econômica vem intimamente ligada às noções de mercado. Neste primeiro momento, sofrendo os efeitos da Revolução Industrial que produz a necessidade de acautelamento e manutenção das forças do mercado e, num segundo, com a intervenção do Estado, para cumprir o papel de tutor. Estabelece-se, assim, a própria relação traçada entre Direito e Economia<sup>26</sup>.

---

<sup>23</sup> SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito penal econômico – fundamentos, limites e alternativas**. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 23.

<sup>24</sup> FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. pp. 32 e ss. In SOUZA, Luciano Anderson. Op. cit.

<sup>25</sup> SCAFF, Fernando Facury. **Responsabilidade civil do Estado Intervencionista**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

<sup>26</sup> MALAN, Diogo Rudge (Org.) **Direito penal e economia**. 1. ed. Rio de Janeiro/RJ: Elsevier/FGV DIREITO RIO, 2012. v. 1.

Quanto ao objeto protegido – o bem jurídico emergido do novo paradigma de mercado – há discussão acirrada sobre em que realmente ele consiste. Inicialmente, pensado a partir do autor e não do objeto tutelado, como normalmente acontece ao se estudar Direito Penal<sup>27</sup>, o novo paradigma dava igual enfoque à figura do criminoso de colarinho branco, ou seja, tratava de autores com maior poder aquisitivo, e aos crimes que cometiam<sup>28</sup>.

De fato, com a evolução sistemática das Ciências Criminais como um todo, se passou a repudiar a reflexão acerca do fenômeno criminológico a partir de seu autor, focando-se, em um segundo momento dos estudos da Criminologia, no objeto do crime<sup>29</sup>, para evitar a noção de que o crime e o criminoso são ontológicos<sup>30</sup>, e passar a admitir sua construção a partir da estrutura estatal.

Isso se deu, principalmente, porque somente assim seria possível pensar em soluções práticas e possíveis à criminalidade, pois caso o criminoso fosse nato, como dizia LOMBROSO<sup>31</sup>, não haveria como

---

<sup>27</sup> MALAN, Diogo Rudge. **Processo penal do inimigo**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 59, 2006. e JAKOBS, Gunter; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo – Noções e Críticas**. 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

<sup>28</sup> “Os estudos iniciais do temário, de meados do século XX, devidos a SUTHERLAND e CLINARD, atrelavam a ideia de delito econômico a seu autor, tido como ‘homem de negócios’ (de ‘colarinho branco’), em contraposição ao delinquente dito tradicional, pertencentes às classes populares (de ‘colarinho azul’). Como afirmado o ideário focava sua análise da associação diferencial sobre a delinquência cometida pelos indivíduos economicamente mais providos da sociedade”. SOUZA, Luciano Anderson de. Op. cit. p. 43.

<sup>29</sup> BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica ao direito penal – introdução à sociologia do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2002. e ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Do Paradigma Etiológico ao Paradigma da Reação Social: Mudança e Permanência de Paradigmas Criminológicos na Ciência e no Senso Comum**. Revista Sequência – Estudos Jurídicos e Políticos. Florianópolis: UFSC, 1995.

<sup>30</sup> BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. Rio de Janeiro: Revan.

<sup>31</sup> Em sua conhecida obra a respeito de Criminologia Antropológica, também denominada positivista, na qual se destacam *L'uomo delinquente* (“O homem criminoso” em tradução no Brasil) e *La donna delinquente – la prostituta e la donna normale* (“A mulher delinquente – a prostituta e a mulher normal”), Lombroso traça perfis criminológicos e imputa a criminalidade a uma característica biológica do indivíduo, de modo que não seria possível um indivíduo com as características descritas pelo médico italiano não ser

combater a criminalidade, ela sempre existiria. Contudo, não podemos negar que, para a lógica de senso comum, formou-se uma nova categoria de criminoso, e não apenas uma nova modalidade de crime<sup>32</sup>.

No estudo dos crimes econômicos, a óptica jamais poderia ser diferente da lógica de Direito Penal do fato, devendo se desatrelar o delito contra a ordem econômica da personalidade de seu autor, e pensar, antes no bem jurídico a que se visa tutelar e na construção do Estado ao criminalizar condutas, antes aceitas ou simplesmente ignoradas pela sociedade.

Posteriormente, passou-se a desvencilhar a figura do crime contra a ordem econômica da hipótese exclusiva de crime empresarial<sup>33</sup> por dois motivos: a previsão de crimes contra a ordem tributária como categoria de crime econômico que pode facilmente ser perpetrado por particular, e o fato de a pessoa jurídica não ser passível de punição em âmbito penal, exceção feita no caso dos crimes ambientais regulamentados pela Lei nº 9.605/98.

Com efeito, os crimes econômicos são todos aqueles que, de alguma forma, afrontem a ordem econômica, sejam eles cometidos por empresas – quando serão punidos na pessoa de seu administrador – ou por pessoas físicas.

---

delinquente. Também se ressalta, na obra dele, o cunho racista e sexista, posteriormente importado para o sistema brasileiro pelos criminólogos Tobias Barreto e Nina Rodrigues.

<sup>32</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Op. cit.

<sup>33</sup> “A compreensão de um Direito Penal da Empresa como ramo do Direito Penal Econômico pode até se revelar útil em termos de metodologia de estudo, mormente para fins de investigação criminológica, mas não se revela adequada para caracterizar em termos de essência o que vem a ser o Direito Penal Econômico. Ou seja, em que pese a relevância do ambiente empresarial na perpetração de comportamentos econômicos socialmente indesejados, o Direito Penal Econômico não é exclusivamente um Direito Penal de Empresa. Em outras palavras, o crime econômico não é exclusivamente o crime empresarial. O sentido amplo pretendido por autores como TERRADILLOS BASOCO ao Direito Penal de Empresa abarca condutas tão distintas como crimes falimentares, contra a livre concorrência, ambientais e tributários, os quais, a despeito de efetivamente não possuírem uma identidade de interesse tutelado, podem ser perpetrados fora de uma específica realidade empresarial”. SOUZA, Luciano Anderson. Op. cit. p. 44.

Entende-se, por ordem econômica<sup>34</sup> a organização coerente dos conceitos de mercado com a finalidade de manutenção da ordem em conformidade com as premissas defendidas pelo Estado interventor como corretas e adequadas ao convívio social. Desse modo, ordem se traduz na boa organização, arrumação adequada da lógica econômica – adequada, aqui, aos ditames do Estado Soberano a quem compete a determinação do que é socialmente adequado. Em síntese, Ordem Econômica é a boa administração da Economia<sup>35</sup>, cuja fiscalização é feita pelo próprio Estado Interventor e Soberano.

Para Luiz Regis Prado, o conceito de ordem econômica deve ser pensado sob a ambas as perspectivas, estrita e ampla:

[...] entende-se por ordem econômica a regulação jurídica da intervenção do Estado na economia; na segunda, mais abarcante, a ordem econômica é conceituada como a ‘regulação jurídica da produção, distribuição e consumo de bens e serviços’.

[...] a noção de ordem econômica *lato sensu*, apreendida como ordem econômica do Estado (...) abrange a intervenção estatal na economia, a organização, o desenvolvimento e a conservação dos bens econômicos (inclusive serviços), bem como sua produção, circulação, distribuição e consumo<sup>36</sup>.

Em essência, a ordem econômica é aquilo que o Estado aponta como aceitável e correto, sendo lesivas, a ela, todas as ações humanas que reflitam negativamente nas diretrizes impostas pelo Estado como lícitas e adequadas à administração da Economia.

Dentre os crimes considerados nocivos à economia popular, obteve-se o reconhecimento, como tal, do delito de cartel, que consiste na colusão entre empresários do mesmo ramo no intuito de dominar o

---

<sup>34</sup> Sendo, inclusive, uma das hipóteses tuteladas pela possibilidade de decretação de prisão preventiva.

<sup>35</sup> BEUCHAMP, Maíra Salomi. **O acordo de leniência e seus reflexos penais**. Dissertação apresentada na Universidade de São Paulo, p. 34.

<sup>36</sup> PRADO, Luiz Regis. **Direito penal econômico: ordem econômica, relações de consumo, sistema financeiro, ordem tributária, sistema previdenciário**. p. 28.



mercado e evitar a concorrência, estipulando valor tabelado para a prestação do serviço ou venda do produto<sup>37</sup>.

Esse delito econômico será o núcleo da presente Dissertação na qual se tratará de método alternativo ao seu combate: o Acordo de Leniência. Por esse motivo, impendem destacar as características mais marcantes desse ilícito que está sujeito às sanções tanto no âmbito Administrativo quanto no Penal.

### **1.1.3. Considerações acerca do delito de cartel.**

A conduta cartelizadora foi aferida, inicialmente, a partir dos verbos nucleares dispostos nos incisos do artigo 20 da já revogada Lei nº 8.884 de 1994<sup>38</sup>. Nestes incisos, está estabelecido que estará consumado o ilícito administrativo de cartel na hipótese de que empresários se unam convencionando estratégias conjuntas a fim de garantir estabilidade mercadológica, não se preocupando, no entanto, com as consequências nocivas que podem resultar no âmbito da Economia e Direito do Consumidor.

As condutas descritas nos incisos do mencionado artigo 20, tratam de um misto alternativo, de modo que, agir almejando quaisquer dos resultados elencados, já coloca o autor em situação de sujeito ativo de atuação antijurídica.

Contudo a previsão do cartel na Lei nº 8.884/1994 tinha característica de infração eminentemente administrativa, estando a modalidade criminosa do cartel prevista no artigo 4º da Lei nº 8.137/67 que indica o rol de crimes contra a ordem econômica, atualmente modificada pela nova Lei de Defesa da Concorrência, Lei nº 12.529/2011.

A previsão dos crimes e das infrações administrativas contra a ordem econômica veio acompanhada de inúmeras críticas da doutrina

---

<sup>37</sup> Fonte: Ministério da Justiça, <http://portal.mj.gov.br/main.asp?>, Acesso em 15 de março de 2013.

<sup>38</sup> Art. 20: Constituem infração à ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II – dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III – aumentar arbitrariamente os lucros;

IV – exercer de forma abusiva posição dominante.

contemporânea, principalmente pela dispensa de culpa (elemento subjetivo) o que faz remissão à responsabilidade objetiva, rechaçada pelos regramentos constitucionais aplicados em matéria criminal, exatamente por relativizar o princípio do contraditório, corolário da nova era jurídica constitucional.

Outra resistência à previsão dos crimes contra a ordem econômica está no fato de serem tratados pela lei como crime de perigo<sup>39</sup>, de modo que o potencial prejuízo ao mercado configuraria tão somente exaurimento da conduta, e o que identificaria a conduta como criminosa seria o elemento subjetivo, consistente em fraudar a livre concorrência.

Constata-se que, aqui, resta caracterizada uma falha de grande importância que gera inúmeras dificuldades no combate aos crimes dessa natureza. Conforme se observou, o artigo 20 dispensa culpa (adotando a responsabilidade objetiva implicitamente). No entanto, sendo atribuída a natureza de crime de perigo aos delitos econômicos, o elemento subjetivo é imprescindível à sua configuração. Sendo assim, é flagrante o campo *pantanosos* no qual está inserida essa categoria de crimes.

Frente a isso, muitos são os autores que defendem que a classificação e comportamentos de crime de perigo pelos crimes contra a ordem econômica gera insegurança jurídica, posto que a configuração do crime depende de comprovação de elemento subjetivo específico, consubstanciado na intenção de fraudar a livre concorrência<sup>40</sup>. Ora,

---

<sup>39</sup> A respeito da conceituação como de perigo concreto ou abstrato, há opiniões para ambos os lados. Miguel Reale Jr., que participou da elaboração do Anteprojeto da Lei nº 8.884/94 afirma que se trata de crimes de perigo concreto. Veja-se: “Dessa forma, contrariamente ao que se afirma, não são infrações de simples atividade ou mera conduta, pois se exige que haja potencialidade para causar perigo à ordem econômica mediante, por exemplo, atos que possam produzir limitação da concorrência ou dominação de mercado relevante, dando-se relevância à criação de uma situação perigosa, pois mesmo que os efeitos que os atos pudessem produzir não tenham sido alcançados tem-se, por igualmente configurada, a infração. Trata-se, portanto, de infrações de perigo concreto, sendo prova disto as circunstâncias previstas no art. 27, VI e V, da Lei, como critério de aplicação da pena: “a consumação ou não da infração” e o “grau de lesão ou de perigo de lesão à livre concorrência. (“...)”. In REALE JR., Op. cit., p. 118. No entanto, em nome da retórica, far-se-á alusão a autores que adotam a opinião de que se trata de crimes de perigo abstrato (a qual está ligada a linha deste trabalho).

<sup>40</sup> A respeito: SHIRAKI, Ariella Toyama. **A legitimidade do direito penal econômico como direito penal de perigo – Uma análise à luz dos princípios**

teoricamente, este elemento subjetivo é dispensado pela falta de necessidade de comprovação da culpa do sujeito para a configuração da figura típica, ou seja, a composição do fato a ser julgado ficaria com uma lacuna, o agente da conduta ilícita.

Portanto, passaram, esses crimes, a ser considerados pela doutrina como antecipação da tutela penal, passíveis de diversas críticas relevantes como àquelas tecidas por CLAUDIA CRISTINA BARRILARI, no sentido de não haver garantia de que os crimes contra a ordem econômica terão combate adequado se punidos ainda em sua fase embrionária, “ou seja, incidindo quando ainda não houver efetiva colocação em perigo do bem jurídico tutelado”<sup>41</sup>.

Também se colaciona a contribuição de ARIELLA TOYAMA SHIRAKI<sup>42</sup>, que aduz que os crimes de perigo devem ser pensados em uma perspectiva constitucional a partir do princípio da menor onerosidade, já que significa a punição pelo que, em outros delitos, não passaria de atos preparatórios.

Os crimes de perigo, basicamente, punem a subjetividade do autor e, no caso específico dos crimes contra a ordem econômica, tem-se a agravante de que a culpa é dispensável à configuração e posterior repressão do ilícito. Mesmo porque, segundo REALE JR., perigo pode ser definido como a potencialidade de dano, a simples possibilidade de se prejudicar a ordem jurídica vigente, a mera modificação de *status quo* que poderia, mas não necessariamente iria, resultar em perda ou redução de um bem jurídico<sup>43</sup>.

Mesmo dependendo do aspecto de probabilidade de se provocar o dano, não sendo suficiente a concretização do crime de perigo sendo,

---

**da lesividade e da intervenção mínima.** Revista Brasileira de Ciências Criminais – ano 18 – n. 83 – março/abril 2010 e SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal econômico como direito penal de perigo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

<sup>41</sup> BARRILARI, Claudia Cristina. **Algumas considerações sobre os crimes de perigo e o direito penal econômico.** Revista dos Tribunais – ano 100 – n. 903 – janeiro 2011.p. 413.

<sup>42</sup> “É certo que, neste âmbito de tutela de bens jurídicos supraindividuais, a atividade legislativa revela-se pródiga na utilização da técnica do perigo abstrato, cuja legitimidade há de ser analisada à luz de princípios constitucionais como a lesividade e a intervenção mínima” In SHIRAKI, Ariella Toyama. Op. cit., p. 25.

<sup>43</sup> REALE JR, Miguel. **Dos estados de necessidade.** São Paulo: Bushatsky, 1971. p. 56.

assim, considerada a mera possibilidade<sup>44</sup> do resultado lesivo ao bem jurídico protegido, o cenário de insegurança nos processos por delitos dessa natureza, certamente, não se coadunam aos ditames do princípio da lesividade<sup>45</sup> e, conseqüentemente, encontram obstáculo no texto constitucional.

Assim, trazendo todo esse panorama para o crime de cartel, entende-se que, não bastaria à sua configuração, restarem demonstradas manobras de empresários de um mesmo ramo tão somente com a intenção de se estabelecerem no mercado e melhorarem seu lucro. É indispensável que a conduta tenha o intuito de fraudar e lesar a livre concorrência para que o delito econômico seja passível de punição, não obstante haja a previsão expressa da dispensa de comprovação de culpa pois, do contrário, estar-se-ia punindo, antecipadamente, a mera suspeita, ou se repreendendo, atitudes que não têm, efetivamente, qualquer característica penal.

Pela inquestionável complexidade da conduta cartelizadora, CALIXTO SALOMÃO FILHO<sup>46</sup> propôs a formulação de uma teoria geral dos cartéis<sup>47</sup> que leve, em consideração, as peculiaridades deste

---

<sup>44</sup> “Afirma-se que as peculiaridades próprias da moderna sociedade de massa, justificam o desenvolvimento de um novo princípio a contrapor-se ao da prevenção, o princípio da precaução. As incertezas dos riscos a que estamos expostos, conjugado com o fato de não serem ainda previsíveis, mas apenas suspeitos, em decorrência da falta de critérios precisos de determinação em razão do limite próprio do saber científico, autorizam a antecipação da tutela penal.

Conforme Cerezo Mir, a proposta de ampliação dos crimes de perigo abstrato teve como substrato o princípio da precaução, de forma a justificar a incriminação antecipada. Entre a certeza e a simples suspeita da possibilidade de produção de um dano grave e irreversível, em nome do princípio da precaução, optou-se, de forma equivocada, pela incriminação de mera suspeita”. In BARRILARI, Claudia Cristina. Op. cit., p. 414.

<sup>45</sup> A respeito do princípio da ofensividade ou menor lesividade, consultar SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011.

<sup>46</sup> FILHO, Calixto Salomão. **Apontamentos para formulação de uma teoria jurídica dos cartéis**. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro – ano XL – n. 121. janeiro/março de 2001.

<sup>47</sup> Defendendo a necessidade de confecção de uma Teoria Geral do Direito Penal Econômico, dada as características específicas da matéria legislada como vertente do Direito Penal Comum: “Na máxima abrangência que Terradillos Basosco dá ao Direito Penal Econômico permite-se uma interpretação de tal

crime específico contra a ordem econômica. Mesmo porque o cartel pode ser justificado como medida de proteção dos empresários visando tão somente garantir sua estabilidade funcional e, não necessariamente, infligir a livre iniciativa.

SALOMÃO FILHO ensina que “todo o resultado de mais de um século de estudos econômicos dos oligopólios é que não existem critérios definitivos para identificar a presença de cartéis”<sup>48</sup>, e valendo-se da Teoria dos Jogos<sup>49, 50</sup>, descreve o comportamento dos componentes

---

elasticidade de seus contornos que se poderia perfeitamente dividir a teoria do Direito Penal em dois grandes rumos absolutamente distintos – nem tão antagônicos, nem tão complementares: uma teoria para o Direito Penal comum (nuclear, tradicional ou clássico) e outra para o Direito Penal Econômico”. In CALDEIRA, Felipe Machado. **A conformação constitucional do direito penal econômico e a impossibilidade de sobreposição de sanções administrativa e penal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais –ano 20 – março/abril de 2012. p. 333

<sup>48</sup> Op. cit., p. 18.

<sup>49</sup> A respeito da Teoria dos Jogos, indispensável levarmos em consideração a colaboração acadêmica do Prêmio Nobel, John F. Nash Junior, e seu **The bargaining problem**. A Teoria dos Jogos consiste na criação de alegorias com a finalidade de identificar o comportamento de um indivíduo e de um grupo de indivíduos. Segundo o próprio Nash: “*In this treatment a few general assumptions are made concerning the behavior of a single individual and of a group of two individuals in certain economic environment. From these, the solution (in the sense of this paper) of the classical problem may be obtained in the terms of game theory, values are found for the games*”. Prossegue: “*A two person bargaining situation involves two individuals to collaborate for mutual benefit in more than one way. (...) In making our treatment of bargaining situations we apply a numerical utility, of the type developed in the Theory of Games, to express the preferences, or tastes of each individual engaged in the bargaining. By this means we bring into the mathematical model the desire of each individual to maximize his gain in bargaining*”. Tradução livre: “Neste tratamento algumas considerações gerais são feitas no que diz respeito ao comportamento de indivíduos ou um grupo de dois indivíduos em determinado ambiente econômico. A partir daí, a solução (na perspectiva deste trabalho) do problema clássico deve ser obtida nos termos da Teoria dos Jogos”. Prossegue: “A situação de barganha envolve duas pessoas para colaborar em benefício mútuo em mais de uma forma. (...) Ao construir nosso tratamento de situações de barganha nós definimos uma utilidade numérica, dentre os tipos desenvolvidos na Teoria dos Jogos, para expressar as preferências, ou gostos de cada indivíduo envolvido na barganha. Por estes termos nós trazemos para

de cartel como sendo a iniciativa mais coerente no sentido de defender seu próprio negócio.

Utilizando os conceitos do *Nash-Equilibrium*, chega-se à conclusão de que o cartel, antes de ser considerado como uma conduta de acordo de vontades (conluio), configura-se em atos individuais de cada componente visando proteger a integridade de seu negócio e, não necessariamente, do grupo. Com efeito, o que induz o ingresso em atividade cartelizadora, em regra, não será, necessariamente, em primeiro momento, a vontade de prejudicar a livre concorrência, mas, a necessidade de cada empresário de garantir a subsistência de seu próprio empreendimento.

---

dentro do modelo matemático o desejo de cada indivíduo para maximizar seus ganhos valendo-se da barganha”.

<sup>50</sup> No campo das ciências jurídicas, a Teoria dos Jogos vem obtendo maior respaldo, em textos como os de L.A. BECKER e ALEXANDRE MORAIS DA ROSA. Para todos os efeitos se aplica o chamado “Dilema dos prisioneiros”, assim explicado por CALIXTO SALOMÃO FILHO: “O ‘dilema do prisioneiro’ é um dos primeiros modelos teóricos sobre os quais se estruturou a moderna teoria dos jogos. Sua estrutura é bastante simples. Imagine-se dois prisioneiros, a serem interrogados pela prática de um mesmo crime, e suponha-se que a cada um deles é dito que se confessar e delatar o outro será perdoado e o outro terá pena máxima (por hipótese, 20 anos), enquanto se ambos confessarem e delatarem ambos terão a pena básica do crime (por hipótese, 10 anos). Por outro lado, se nenhum dos dois confessar serão aplicadas penas de 5 anos para cada um, relativos ao crime mais simples (por hipótese, único que é possível demonstrar sem a confissão). O comportamento estratégico individual leva ambos os jogadores a confessarem. Essa é seguramente a melhor estratégia individual, pois qualquer que seja o comportamento do outro jogador (e imaginando-se sempre que o outro jogador adotará uma estratégia individual), o comportamento mais conveniente será sempre confessar (pois se o outro não confessar o primeiro jogador estará livre, e se o outro confessar o primeiro jogador terá evitado a pena máxima). O que ocorre é que nesse caso as estratégias individuais representam para os prisioneiros uma opção pior que o comportamento que visa a maximização da utilidade coletiva (que ocorreria se nenhum dos dois confessasse”. A respeito: D. Baird; C. Getner e R. Pickner. **Game Theory and the Law**. Pp. 48/49.

Na perspectiva dos cartéis, a colaboração entre empresários no sentido de fixar um preço comum a ser praticado os protege de qualquer resultado nocivo à integridade de seu empreendimento, quando, ao contrário, não compartilhar as ideologias dos demais componentes significa arcar com as consequências de ser ‘devorado’ pelo mercado fechado criado a partir da colusão dos demais.

E é essa intenção pessoal de assegurar a manutenção de seu negócio, atrelada às exigências do Poder Público aos empresários, como a tributação imposta à prestação de serviços<sup>51</sup> (ISS) que induz à formação de conluíus entre empresários, de modo que, ao final, a “manutenção de oligopólios leva a um jogo cooperativo, e não de estratégia individual”<sup>52</sup>, pois as intenções, inicialmente particulares, de cada empresário se combinam e acabam incorrendo em conduta anticoncorrencial.

Com efeito, pode-se verificar que, antes do cartel ser compreendido como uma ação conjunta – um conluio – praticado em acordo de vontades para fins de fraudar a livre concorrência, valendo-se da Teoria dos Jogos<sup>53</sup>, é possível refletir acerca da atuação de cada

---

<sup>51</sup> Complementando o raciocínio e aderindo ao entendimento de que as colusões devem ser pensadas como atividades de grupos de indivíduos com o uso da Teoria dos Jogos (do que se discorda parcialmente, pois cada indivíduo, tão somente, adere ao cartel com a finalidade de proteger seu próprio negócio e não, necessariamente, visando assegurar estabilidade aos demais componentes), vale transcrever trecho da lição de Calixto Salomão Filho: “Ora, é fácil entender por que a experiência em mercados que tenham características estruturais (barreiras à entrada e outras) propícias à formação e manutenção de oligopólios leva a um jogo de cooperativo e não de estratégia individual. Nesses mercados o efeito do comportamento de cada um dos agentes sobre os demais é tão danoso que há a necessidade de cooperação explícita e não de colusão eventual como mera decorrência de comportamentos estratégicos individuais convergentes. A ameaça de concorrência predatória tem efeito direto na compreensão do agente econômico”.

<sup>52</sup> Concluindo esse raciocínio: “A cooperação explícita e formal é, então, necessária exatamente porque a percepção da existência de liberdade para concorrer pode devolver os agentes a uma situação de concorrência predatória, inconveniente para todos”. In FILHO, Calixto Salomão. Op. cit., p. 22.

<sup>53</sup> Sobre a Teoria dos Jogos aplicada à ciência jurídica destaca-se: “*El derecho no es un juego porque pertenece a la vida real, esto es, a la vida social que las personas vivimos como una realidad continua, mientras que los juegos son como paréntesis que abrimos en nuestra existencia real para, por un rato, separarnos de ella y vivir otra cosa, que sabemos que no tiene la existencia real de la vida auténtica y que por eso nos distrae, nos divierte. Distracción y diversión son dos términos que indican muy claramente El sentido antropológico de los juegos: éstos nos sacan de nuestra vida real, nos conducen durante un rato a una existencia artificial en la cual somos lo que realmente sino otra cosa distinta: jugadores o, más ampliamente, <<actores>>, representantes de un papel en un contexto temporal y espacial determinados*”. Tradução livre: “O Direito não é um jogo porque pertence à vida real, a vida

indivíduo que compõe o cartel e os motivos que o levam a participar da empreitada criminosa. Cabe lembrar que o fim último de cada empresário não é, necessariamente, fraudar a livre concorrência, mas, tão somente, se manter ‘vivo’ perante a voracidade da estrutura mercadológica contemporânea, e a existência de acordos pré-constituídos entre outros empresários do mesmo ramo de atuação comercial.

Não obstante esse entendimento (minoritário), o cartel é visto como uma organização criminosa, sendo, um de seus pressupostos estruturais, o acordo de vontades entre dois ou mais indivíduos que exerçam atividade comercial coincidente para fins de fraudar a livre concorrência. Concorde-se, em parte, com esse entendimento, principalmente, quando interpretado à luz do princípio do *non bis in idem*, pois, por vezes, indivíduos eram processados pelo artigo 20 da Lei nº 8.884 cumulado com o crime de quadrilha (artigo 288 do Diploma Penal), o que configuraria, nitidamente, hipótese de dupla punição já que é pressuposto, à configuração do delito de cartel, o acordo de vontade (chamado conluio) entre empresários de mesmo ramo de atuação com a intenção de fraudar a livre concorrência<sup>54</sup>.

Porém, pode-se pensar que considerar a conduta individual de cada componente do cartel serve mais no sentido de descriminalizar o cartel, e, então, concebê-lo como simples mecanismo de proteção pessoal de cada empresário em função de seu empreendimento. Tal pensamento se coaduna com a construção do crime como um fenômeno social – conceito que emergiu da consolidação do paradigma da Reação

---

social, sim, é um jogo no qual as pessoas vivem como uma realidade contínua, entretanto os jogos são como parêntesis que abrimos em nossa existência real para, por um segundo, separarmos dela e viver outra coisa que sabemos que não tem, a existência real da vida autêntica e por isso nos distrai e nos diverte. Distração e diversão são os termos que indicam muito claramente o sentido antropológico dos jogos: estes nos tiram de nossa vida real, nos conduzem durante um segundo a uma existência artificial na qual não somos o que realmente somos senão outra coisa distinta: jogadores, ou mais amplamente, <<atores>>, representantes de um papel em um contexto temporal e espacial determinados”. In MORCHÓN, Gregorio Robles. **La justicia e los juegos – dos ensayos de teoría comunicacional del derecho**. Madrid: Mínima Trotta, 2009.

<sup>54</sup> Essa análise de consunção foi feita por SALOMI, Maira Beuchamp. **O acordo de leniência e seus reflexos penais**. São Paulo: 2012.



Social<sup>55</sup> e, posteriormente, foi complementado pela Criminologia Crítica<sup>56</sup>.

No caso dos cartéis, o que enseja a participação dos componentes na atividade ilícita não é necessariamente a vontade de prejudicar o mercado, mas, sim, a necessidade de se manter nele. Faltando elemento subjetivo específico, seria caso de atipicidade da conduta (neste sentido, sendo desconsiderada a previsão de dispensa de culpa por ser absolutamente incoerente com as garantias fundamentais).

Para a legislação antitruste, no entanto, o cartel revela considerável prejuízo econômico, pois a unificação de preços significa para a livre concorrência e, conseqüentemente, ao consumidor, um prejuízo de dez a vinte por cento, conforme se denota da Cartilha de Combate a Cartéis e Acordo de Leniência do Ministério da Justiça<sup>57</sup>.

A Cartilha também assevera que:

O poder de um cartel de limitar artificialmente a concorrência traz prejuízos também à inovação, por impedir que outros concorrentes aprimorem seus processos produtivos e lancem novos e melhores produtos no mercado. Isso resulta em perda de bem-estar do consumidor e, no longo prazo, perda da competitividade da economia como um todo<sup>58</sup>.

---

<sup>55</sup> A respeito do paradigma da Reação Social consultar ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Do paradigma etiológico ao paradigma da Reação Social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum**. Revista Brasileira de Ciências Criminais – n. 14 – abril/junho de 1996. pp. 276/287.

<sup>56</sup> Sobre o paradigma da Criminologia Crítica: BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica ao direito penal: do controle da violência à violência do controle penal**. Introdução à Sociologia do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

E para Criminologia Crítica no Brasil, consultar BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à Criminologia brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

<sup>57</sup> MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). **Cartilha de combate a cartéis e acordo de leniência**. p. 6. Disponível em <

[http://www.cade.gov.br/upload/Cartilha%20Leniencia%20SDE\\_CADE.pdf](http://www.cade.gov.br/upload/Cartilha%20Leniencia%20SDE_CADE.pdf)>

Acesso em 24 de abril de 2013.

<sup>58</sup> *Idem ibidem*.

Tratado pelo Ministério da Justiça como ‘a mais grave lesão à concorrência’, iniciativas vêm sendo pensadas para garantir o combate aos cartéis. Por se tratar de atividade marcada por caráter fraudulento, em que o sigilo de seus coautores a respeito de como se opera a prática e quem compõe a atividade ilícita é elemento da conduta<sup>59</sup>, estes elementos geram muita dificuldade em sua descoberta e comprovação.

Deste modo, operando-se o crime na clandestinidade, a coleta de provas acerca das atividades praticadas pelos agentes cartelizadores é de difícil obtenção, motivo pelo qual se fez necessária a criação de métodos paliativos de desmanche dos grupos envolvidos em atividades anticoncorrenciais, mais com o objetivo de garantia da economia e do mercado do que, propriamente, punir, posteriormente, os componentes do cartel.

Foi, no sentido de encontrar uma medida capaz de garantir a erradicação dos crimes de cartel, e tendo em conta as dificuldades para sua comprovação já exaustivamente tratadas nos parágrafos anteriores, que os Estados Unidos da América formularam a ideia do Acordo de Leniência<sup>60</sup>, que consiste em espécie de contrato firmado entre o indivíduo participante de cartel com o Poder Público – nos Estados Unidos, o acordo é feito com o Departamento de Justiça e, no Brasil, com o Ministério da Justiça por intermédio do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – no qual o componente de cartel fornece as informações necessárias à configuração do crime e punição dos demais

---

<sup>59</sup> “Em virtude desse acirrado combate a cartéis, hodiernamente os autores dessa empreitada criminoso utilizam-se de meios modernos e sofisticados, tais como correspondências eletrônicas, conversas eletrônicas e telemáticas em tempo real, dificultando cada vez mais a atuação investigativa. Afora isso, a ilegalidade e clandestinidade que revestem a formação e atuação dos cartéis tornam sua investigação e comprovação ainda mais complexas, exigindo dos órgãos estatais instrumentos de investigação a cada dia mais eficientes. Assim, cada vez mais recursos foram sendo direcionados, com o objetivo de pôr fim a essa prática, considerada uma das mais lesivas aos consumidores e à ordem econômica”. In SALOMI, Maíra Beuchamp. **O acordo de leniência e seus reflexos penais**. Dissertação apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012, p. 126.

<sup>60</sup> “O termo leniência, proveniente do latim *lenitate*, corresponde à lenidade, isto é, ‘brandura, suavidade, doçura, mansidão’. De acordo com Ibrahim Acácio Espírito Sobral, transpondo a definição para a seara do Direito Concorrencial, leniência pode ser vista como ‘[...] qualquer ação ou obrigação que seja considerada menos severa que aquela exigida na falta de uma cooperação plena e voluntária’. In BEUCHAMP, Maíra. Op. cit., p. 129.

coautores e, em contraprestação, o Poder Público garante, ao delator, imunidade criminal e administrativa.

Para que seja possível a compreensão do Acordo de Leniência, importante que se tenham algumas considerações a respeito dos acordos de delação premiada, instituto cujo modelo foi seguido na configuração dos Programas de Leniência nos diversos países em que foi instituído, regendo-se, entretanto, por regime jurídico diverso, já que, nos diferentes países, a autoridade que firma o Acordo com o suposto autor de conduta ilícita, também é diferente.

## **1.2. CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DA DELAÇÃO PREMIADA<sup>61, 62</sup> NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.**

---

<sup>61</sup> A delação premiada é modalidade do denominado direito premial. Trata-se de exercício das autoridades no sentido de oferecer prêmios aos próprios autores, a fim de facilitar o dismantelamento de organizações criminosas. Sobre o direito premial, ressalta-se a lição de RUDOLPH VON IHERING: “Um dia, os juristas vão se ocupar do direito premial. E farão isso quando, pressionados pelas necessidades práticas, conseguirem introduzir matéria premial dentro do direito, isto é, fora da mera faculdade ou arbítrio. Delimitando-o com regras precisas, nem tanto no interesse do aspirante ao prêmio, mas, sobretudo no interesse superior da coletividade”. Apud GREGHI, Fabiana. **A delação premiada no combate ao crime organizado**. Revista de Direito Público – Londrina – v. 2 – n. 3. PP. 6/7.

<sup>62</sup> “Realmente, alguns juristas sustentam que a palavra sanção abrange o prêmio. Qualificam o prêmio como espécie de sanção, que denominam sanção premial. A sanção, para eles não seria uma consequência da não prestação, mas ‘uma consequência, boa ou má, agradável ou desagradável, de uma atitude perante o Direito. [...] A consideração do prêmio como sanção teria o mérito de demonstrar que o Direito não é coativo, no sentido de que prescinde de coação para existir. Tal argumento, porém, é de validade apenas aparente, porque em última análise poderia ser suscitada a questão de saber como se haveria de proceder diante da conduta daquele que deve entregar o prêmio e não o faz. Questão que é suficiente para demonstrar dois equívocos. Tanto o da colocação do prêmio como sanção, como o da motivação que a isto levou eminentes jusfilósofos’. Por outro lado, o prêmio pode existir para quem simplesmente observa a norma, sem qualquer *plus*. Não é indispensável para que exista prêmio, que a conduta seja uma adesão a um mais, que ultrapasse a conduta ordinariamente estabelecida para todos. Pode ser simplesmente uma recompensa por uma prática ilícita. Um estímulo ao cumprimento da lei, como ensina Avaro Melo Filho que, aliás, também é defensor da denominada sanção premial” In MACHADO, Hugo de Brito. **A denominada sanção premial no âmbito do direito tributário**. Revista Interesse Público – ano 12 – v. 64 – novembro/dezembro 2010. Belo Horizonte: Fórum, 2010, pp. 227/228.

### 1.2.1. Breves considerações e conceitos a respeito da delação premiada.

A delação premiada<sup>63</sup> é um instituto que vem merecendo consideráveis discussões na doutrina contemporânea. Consiste, a concessão dos benefícios, na aplicação da pena, corporal ou pecuniária, a acusados que tenham delatado comparsas e colaborado com a investigação, para possibilitar a posterior punição pelos crimes perpetrados.

A relevante dúvida a respeito do instituto passa principalmente por questões de cunho moral<sup>64, 65</sup>, de modo que muitos criticam a

---

<sup>63</sup> ‘Não se pode confundir delação premiada com colaboração premiada. Esta é mais abrangente. O colaborador da Justiça pode assumir culpa e não incriminar outras pessoas (nesse caso, é só colaborador). Pode, de outro lado, assumir culpa (confessar) e delatar outras pessoas (nessa hipótese é que se fala em delação premiada’’. GOMES, Luiz Flávio. **Corrupção política e Delação premiada**. Porto Alegre: Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal – agosto/setembro de 2005. p. 108.

<sup>64</sup> ‘‘Não obstante o uso crescente desta ferramenta facilitadora da investigação e da prova criminal, grande é a crítica que sobre ela investe. Ataca-se o fundamento moral da premiação ao traidor, incentivando o Estado o agir imoral, renegado em grau extremo pela própria ética de convivência: o alcaguete é premiado! Aponta-se a inconstitucionalidade do ato desvirtuador do devido processo legal, desrespeitando o princípio da inocência e do pleno contraditório. Critica-se o exclusivo interesse do acomodado estado-persecutor, a falta de controle sobre o procedimento, realizado sem a participação ou mesmo ciência dos delatados, de modo que não se abrem as pressões e os favores ofertados ao delator, não se conhecem os critérios de escolha dos beneficiados, não se controlam os resultados prometidos ou a exclusão do favor na posterior constatação de falsidades... Criticam-se, ainda, as concretizadas negociações do direito de ação sem suporte legal, sem procedimentos e parâmetros previamente estabelecidos, que pela casuística adaptação tendem ao excesso no uso e nos limites’’. CORDEIRO, Néfi. **Delação premiada na legislação brasileira**. Revista da AJURIS – v. 37 – n. 117 – março de 2010. p. 277.

<sup>65</sup> ‘Muito embora o objetivo central da presente dissertação não seja a discussão a respeito do viés moral ou não da delação premiada, deve-se colacionar a importante colaboração de LON L. FULLER em seu *The morality of Law*, tendo sido traduzido por DIMITRI DIMOLIUS o trecho referente ao chamado ‘O caso dos denunciante invejosos’. Assim como na alegoria dos ‘Exploradores da Caverna’ (FULLER, Lon. L. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1999), FULLER propõe a solução acerca da moralidade ou da denúncia, valendo-se

redução de pena e concessão de benefícios àqueles réus que ‘deduraram’

---

para tanto de ficção jurídica. Em ‘O caso dos denunciantes invejosos’, usa-se a estória de um país que restou assolado pela imposição de um regime autoritário, não obstante tenham sido mantidas incólumes todas as leis vigentes antes do golpe. Durante esse período, ascendeu um grupo detentor do poder chamado ‘camisas púrpura’, que cuidavam da manutenção da ordem para o Presidente – um membro desse movimento. Justamente motivados pelo estado de exceção, dezenas de indivíduos passaram a denunciar seus desafetos que eram então punidos com a morte. Cessado o período restritivo, levanta-se a ilegalidade da atuação desses sujeitos que se denunciavam – uns aos outros – para verem realizadas suas paixões pessoais. Usa-se como exemplo o sujeito que denunciou o marido de sua amante para que aquele restasse assassinado pelo governo e este pudesse gozar da relação adúltera. Após proposta a problemática, surgem cinco opiniões exaradas por cinco supostos deputados que apresentam suas teses defensivas ou não da legitimidade das denúncias para o Ministro da Justiça que é justamente o interlocutor provocado a emanar seu veredicto. Os dois primeiros deputados se posicionam no sentido de que não há o que fazer a respeito dos denunciantes invejosos, porquanto, na opinião do primeiro, havia modalidade de ordenamento jurídico mesmo naquele estado de exceção, no qual foram devidamente cumpridos os requisitos postos pelo ordenamento outrora vigente. Já para o segundo deputado, justamente por não haver ordenamento – consequentemente, ter deixado de ser um Estado de Direito, havia, de fato, uma guerra, e os atos dos denunciantes invejosos nada mais eram que atos de defesa inseridos nesse contexto bélico. Para o terceiro deputado, deveria ser traçado um minucioso mapa das hipóteses em que se agiu supostamente a favor da regulamentação dos ‘camisas púrpura’ e contra a do Estado revitalizado pela democracia. Naquelas situações em que se denota influência dos ‘camisas púrpura’ na administração da justiça devem esses atos ser devidamente punidos. O quinto, e último, deputado propõe que seja deixada, nas mãos da própria sociedade, a punição dos ‘camisas púrpura’ em seus atos truculentos, justificando sua posição ao aduzir que: “Um autor particularmente respeitado afirmou que a finalidade principal do direito penal é a de permitir que se manifeste o instinto humano da vingança. Há períodos históricos nos quais devemos permitir que esse instinto se exprima diretamente, sem a mediação das foras jurídicas”. Após narrar, brevemente, o conflito, o autor requer o exercício, por parte do interlocutor, de decidir sobre qual parecer acatará. Visualiza-se, nitidamente, o papel da moral imbricado na lógica do direito, não obstante haja muitos autores que demonstram claramente a separação de direito e moral, sendo fato notório que dispensa fontes. Também se denota a clara narrativa de quadros de reações possíveis numa óptica de teoria dos jogos, o que demonstra a possibilidade de a denúncia ser pensada como meio de defesa. In DIMOLIUS, Dimitri. **O caso dos denunciantes invejosos**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

os demais coautores, porque seria uma espécie de premiação à falta de ética, a uma atitude imoral.

Parte-se do pressuposto de que delatar um comparsa representa significativa falta de caráter e, por esse motivo, não deveria ser premiada a conduta pelo Estado, cuja função precípua seria, supostamente, zelar pela moral e pelos bons costumes.

O instituto da delação premiada, portanto, recebe, em nosso ordenamento, características de meio de produção de prova, e se tornou aceita pela concepção de expiação de culpa que significa arrependimento à traição perpetrada em face dos ditames do Estado, herança da Inquisição, principal precursora do modelo penal repressivo que impera na atualidade<sup>66</sup>.

Muitas críticas também perpassam pelo argumento de que a aceitação da delação premiada seria um *mea culpa* do Estado persecutor que falhou em obter as provas necessárias à configuração e posterior punição da conduta ilícita. Deste modo, impossibilitado de cumprir seu papel de garantidor das massas sociais, o Estado se vale da delação de um criminoso para obter o material probatório necessário em compensação a sua falta de efetividade.

Para tanto, concede-se, ao autor de infração penal um prêmio<sup>67</sup>. O prêmio, na acepção etimológica da palavra, significa recompensa, dinheiro, vantagem<sup>68</sup>. E para fins penais – como a moeda de troca é a pena corporal –, o prêmio consiste em benefício que se traduz na redução das penas corporais ou sua substituição por penas restritivas de direito.

Assim, para o Estado, a medida se justifica pela premiação ao arrependimento do delator e, para os críticos, o instituto não teria guarida constitucional, pois se trata de prova obtida em caráter fraudulento e sigiloso, de modo que o delatado não toma conhecimento

---

<sup>66</sup> BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à Criminologia brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

<sup>67</sup> “Prêmios pela delação e confissão não são incomuns na legislação e podem ser encontrados facilmente, suas origens remontam, à evidência, a uma ideia de expiação pelo mal cometido”. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Edward Rocha de. **Acordos de delação premiada e o conteúdo mínimo ético do Estado**. Rio de Janeiro: Doutrina Penal – n. 344 – junho de 2006.

<sup>68</sup> Fonte: Site de Etimologia Origem da Palavra. Acessado em 05 de abril de 2013.

do que foi alegado contra si, restando, assim, prejudicado o exercício do contraditório.

JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO e EDWARD ROCHA DE CARVALHO já se manifestaram contrariamente à delação premiada, aduzindo que esta vem adquirindo importância crescente no Direito Processual Penal como meio de prova sob a justificativa que é mais fácil obter informações a respeito da atuação delituosa de um grupo de agentes a partir de suas próprias confissões a respeito do fato; em troca, algum benefício seria concedido a eles, porque não se pode esperar que a delação se paute apenas em vontade do agente de atuar em consonância com a lei, senão provavelmente, não teria tomado parte de ilícito penal.

O ponto central da crítica é que a delação apenas justifica investigações deficientes, sendo um paliativo à parca atuação do Estado. Estaria consubstanciada em meio pelo qual o Ministério Público, titular da ação penal pública incondicionada, poderia buscar elementos de convicção aptos a fundamentar o sumário de culpa, isentando-se da coleta das provas necessárias<sup>69</sup>. Em outros termos, a carga probatória<sup>70</sup> que é imposta ao Órgão Acusatório pela premissa do estado de inocência estaria sendo deslocada para o próprio sujeito ativo da conduta.

Para tanto, usam a própria confissão de membros de organizações criminosas, que, em troca de algum benefício concedido pelo Ministério Público, se propõem a dedurar seus comparsas, reforçando a incompetência do Estado que, do contrário, talvez, não tivesse alcançado provas mínimas para dar guarida à tese de autoria e materialidade<sup>71</sup>.

MIRANDA COUTINHO e ROCHA reiteram as reticências já apontadas e corriqueiras na doutrina contemporânea de que a delação consistiria em meio de prova que viola o devido processo legal, já que o acusado disposto a colaborar com as investigações e revelando o nome dos demais comparsas estaria sendo recompensado por se sub-rogar no papel do próprio Ministério Público que, não logrando êxito em confirmar as hipóteses trazidas pela exordial acusatória, se vale de uma confissão transversa para fazer vigorar os termos da denúncia.

---

<sup>69</sup> Por evidente, aqui, isentando a autoridade policial de seu papel de coleta de provas para a propositura da denúncia também quando o acordo é feito antes da instauração de processo criminal.

<sup>70</sup> LOPES JR., Aury. **Introdução crítica ao processo penal – fundamentos da instrumentalidade constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro, 2006.

<sup>71</sup> Op. cit., p. 93.

Destarte, a delação premiada seria um meio de desoneração do Estado persecutor, de modo que, impossibilitado de confirmar os termos da denúncia por meio de provas produzidas em consonância com o procedimento previsto pelo Código de Processo Penal, firma acordos com partes para que estas auxiliem na produção de material probante capaz de justificar uma condenação, o que também reafirma a figura do Ministério Público como acusador antes de fiscal da lei<sup>72</sup>. O Estado se valeria, portanto, de delatores-acusadores para reafirmar seu papel de acusador através do Ministério Público.

Outra relevante crítica ao instituto, com utilização amplamente difundida, principalmente, em países de *Common Law*, é a de que enseja a acusação de pessoas, por vezes, inocentes, apenas para que seja concedida a medida. É o que se chama de “*witness of the crown*”, tendo MIRANDA COUTINHO e CARVALHO ROCHA tratado a respeito do tema.

Busca-se com isto um *meio* de prova que já se mostrou ineficaz na Inglaterra e, posteriormente, nos EUA: a *witness of the crown* (testemunha da coroa), ou seja, pessoas que confessam crimes e delatam outras pessoas, sem oferecer nenhuma – absolutamente nenhuma! – prova de suas alegações. Todavia, por força daquela desvirtuação da prova precitada, adquirem caráter de irrefutáveis, justo porque se enquadram nas hipóteses previamente traçadas, como bem advertiu FRANCO CORDEIRO<sup>73</sup>.

Assim, motivados pela possibilidade de terem suas penas reduzidas, ou mesmo de obter perdão judicial, muitos réus delatam indivíduos que não tiveram qualquer colaboração com o ilícito, apenas para se defender perante a acusação que contra si recai, e o indivíduo

---

<sup>72</sup> FELDENS, Luciano. **Ministério Público, Processo Penal e Democracia: Identidade e desafios.** In **Processo Penal e democracia – Estudos em homenagem aos vinte anos da Constituição da República de 1988.** Organizadores: MALAN, Diogo Rudge. PRADO, Geraldo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 321.

<sup>73</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. CARVALHO, Edward Rocha de. Op. cit. p. 94.



apontado como coautor terá a carga da prova produzida a sua revelia e admitida por Magistrados como de inquestionável validade.

Com efeito, a resistência criada em face do instituto se dá, principalmente, pela sua remissão à importância que a confissão tinha nos Códigos que antecederam o de 1941. Esta era chamada de ‘Rainha das Provas’ e, com ela, isoladamente, se poderia embasar condenação absoluta<sup>74</sup>. No novo modelo penal-constitucional, a confissão não mais se presta a garantir condenação mas, deve ser analisada, em conjunto, com as demais evidências que compõem o arcabouço probatório em uma ação penal<sup>75</sup>.

Outra colocação pertinente de JACINTO COUTINHO trata do desrespeito ao postulado básico de que não há pena sem a atividade jurisdicional (*nulla poena sine iudicio*), ou seja, em outras palavras, não existe condenação criminal válida sem a devida cognição da demanda pelo juiz presidente<sup>76</sup>. Na hipótese da concessão de benefícios penais aos indivíduos que delatam comparsas, o acordo é feito de antemão pelo Ministério Público e o acusado, sem a interferência da jurisdição<sup>77</sup>.

O devido processo legal, portanto, estaria sendo ferido pela unilateralidade da medida, eis que o delator confessa e imputa a conduta a terceiros que não terão acesso às alegações coletadas no acordo entre o

---

<sup>74</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

<sup>75</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Direito Processual Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 361.

<sup>76</sup> A respeito, a lição de AURY LOPES JR.: “[...] o primeiro pilar da função garantista do direito penal e processual é o monopólio legal e jurisdicional da violência repressiva. A justiça negociada viola desde logo esse primeiro pressuposto fundamental, pois a violência repressiva da pena não passa mais pelo controle jurisdicional nem tampouco submete-se aos limites da legalidade, senão que está nas mãos do Ministério Público e submetido à sua discricionariedade”. LOPES JR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 133.

<sup>77</sup> Dá-se o acordo nos seguintes termos: 1. O presente acordo funda-se no artigo 129, inciso I, da Constituição Federal, nos artigos 13 a 15 da Lei n. 9.807/99, bem como no artigo 32, parágrafos 2 e 3, e no artigo 37 da Lei n. 10.409/2002, estes aplicados analogicamente, à luz do artigo 3 do CPP. Tais dispositivos conferem ao Ministério Público o poder discricionário de propor ao suspeito, ao indiciado ou ao réu acordo de redução de pena privativa de liberdade de 1/3 a 2/3, ou o perdão judicial.

indivíduo delator e o Ministério Público, o que também repercute em desrespeito à ampla defesa e ao contraditório.

Quanto à inderrogabilidade da jurisdição, encontra-se obstada por se tratar de acordo firmado exclusivamente entre o autor dos fatos que delata a conduta dos demais coautores, e o Órgão Acusatório, colocando em risco o convencimento do magistrado que deve ser pautado em provas globais e, automaticamente, chamando sua atenção para esta única prova proveniente do acordo e que carrega, consigo, a segurança e importância outrora concedida à confissão<sup>78</sup>.

Noutros termos, a delação premiada pode ser compreendida como uma confissão de terceiros, patrocinada por coautor em troca de benefícios no que tange à aplicação da sanção penal. E como a confissão é personalíssima, o instituto realmente é merecedor de todas as reticências que lhe são atribuídas pelos estudiosos do Direito Penal, principalmente, em prol do novo paradigma marcado pelas diretrizes do processo penal-constitucional<sup>79</sup>.

---

<sup>78</sup> A respeito da confissão, vale destacar que faz com que o operador do direito se sinta mais seguro para proferir sentença penal condenatória, de modo que a manifestação do agente no sentido de sua culpa é uma prova mais que razoável da autoria. Com efeito, estar-se-ia em contato com a verdade real, posto que a versão de ambos, autor e réu, convergem, o que repercute em uma sensação de segurança na prolação da sentença. No entanto, conforme já vem sendo amplamente debatido na doutrina penal contemporânea, a verdade é um mito (um dogma), mesmo porque o objetivo precípua do processo criminal passou a ser a persuasão racional do magistrado, sujeito passivo da prova. No entanto, não se pode desconsiderar o efeito que a confissão possui em um processo criminal, sendo difícil para o magistrado não atribuir, a essa prova, um valor por vezes excessivo. Tudo isso é herança das raízes inquisitórias do sistema penal brasileiro, amplamente divulgado pelas características estruturais do Código de Processo Penal de 1942, espelhado no Código Italiano de cunho eminentemente fascista. A respeito da verdade real: LIMA, Marcellus Polastri. **A prova penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009. E a respeito do papel de magistrado como sujeito passivo da prova DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael de. **Curso de Direito Processual Civil**. vol. II. 5. ed. Salvador: Jus Podium, 2010.

<sup>79</sup> “Se a perspectiva teórica do CPP era nitidamente autoritária, prevalecendo sempre a preocupação com a segurança pública, a Constituição da República de 1988 caminhou em direção diametralmente oposta. Enquanto a legislação codificada pautava-se pelo princípio da culpabilidade e da periculosidade do agente, o texto constitucional instituiu um sistema de amplas garantias individuais, a começar pela afirmação da situação de quem ainda não tiver reconhecida a sua responsabilidade penal por sentença condenatória passada em

Com efeito, para que o processo não se torne um fim em si mesmo<sup>80</sup>, mas seja o que deve ser: um exercício de direito do indivíduo em face do Estado, movido principalmente pelas diretrizes do devido processo legal constitucional, é indispensável que sejam observados o contraditório e a ampla defesa.

A leniência especificamente, em se tratando de modalidade de delação premiada, também poderia estar exposta a todas as críticas feitas a este instituto. No entanto, diferentemente da delação premiada como gênero, a leniência, sendo espécie, e concretizada a partir de regime jurídico específico, possui previsão expressa na legislação antitruste e vem demonstrando sucesso nos demais países em que foi implementada, uma vez que significa menor onerosidade ao sujeito que poderá ser submetido à investigação e punição em âmbito criminal, tornando-se um verdadeiro meio de defesa.

Desse modo, na presente Dissertação, não serão ignoradas as críticas e possíveis defeitos que a leniência tenha, mas o foco será demonstrar que sua implementação, em outros ordenamentos, veio como excelente indutor da erradicação dos crimes contra a ordem econômica,

---

julgado: ‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória’. (art. 5, LVIII). A mudança foi radical. A nova ordem passou a exigir que o processo não fosse mais conduzido, prioritariamente, como mero veículo de aplicação da lei penal, mas, além e mais que isso, que se transformasse em um instrumento de garantia do indivíduo em face do Estado. O devido processo penal constitucional busca, então, realizar uma Justiça Penal submetida à exigência de igualdade efetiva entre os litigantes. O processo justo deve atentar, sempre, para a desigualdade material que, normalmente, ocorre no curso de toda persecução penal em que o Estado ocupa posição de proeminência, respondendo pelas funções investigatórias e acusatórias, como regra, e pela atuação da jurisdição, sobre a qual exerce o monopólio. Processo justo a ser realizado sob instrução contraditória, perante o juiz natural da causa, e no qual seja exigida a participação efetiva da defesa técnica, como única forma de construção válida do convencimento judicial. E o convencimento deverá ser sempre motivado, como garantia do adequado exercício da função judicante e para que se possa impugná-lo com maior amplitude perante o órgão recursal” OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009. pp. 3/4.

<sup>80</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo Penal de emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

especificamente os cartéis, acompanhada, por óbvio, da observância dos direitos do leniente<sup>81</sup>.

### **1.2.2. A delação premiada no Brasil: sua implementação e utilização como elemento de convicção dos Magistrados.**

Em nosso ordenamento, pode-se admitir a presença do instituto da delação premiada já desde as Ordenações Filipinas<sup>82</sup>, na qual havia previsão de prêmio, não somente para o agente que confessasse, mas também, ao indivíduo que, tendo conhecimento do cometimento de infração criminal, delatasse o fato e seu autor às autoridades judiciárias.

A partir do Código Penal do Império, deixou-se de prever a possibilidade de delação premiada, havendo referência tão somente à confissão como circunstância atenuante da pena, como ocorre na legislação penal atual. Somente com a Lei de Crimes Hediondos, em 1990, a delação volta a ter previsão legal, prevista especificamente para os crimes taxativamente expostos em seu artigo 1º e, especificamente, para a extorsão mediante sequestro, com a reforma do artigo 159, sendo-lhe adicionado um 4º parágrafo<sup>83</sup>.

Na Lei nº 8.072/90, a delação restou prevista no artigo 8º, na modalidade causa de diminuição<sup>84</sup> da pena podendo reduzir o *quantum* nas frações de um a dois terços na terceira e última etapa da dosimetria da pena. Estará cumprido o requisito para a concessão do benefício, se, na hipótese de crime de quadrilha, com a delação, seja possível

---

<sup>81</sup> Em outros termos, este trabalho estuda a leniência a partir da perspectiva do leniente, e não dos demais coautores da conduta cartelizadora. Essa segunda análise merece toda a atenção possível, mesmo porque não é possível fragmentar o procedimento e atuar em consonância com o devido processo legal com um sujeito de direitos e ignorar a necessidade de assegurar tal direito fundamental a todos. Certamente, esta pesquisa, que se almeja concretizar no futuro, irá complementar as ideias trazidas por este trabalho acadêmico. Isola-se, pois, neste primeiro momento, a percepção do acordo de leniência ao estudo do papel do leniente.

<sup>82</sup> CORDEIRO, Néli. **Delação Premiada na Legislação Brasileira**. Revista da AJURIS – v. 37 – n. 117 – Março de 2010.

<sup>83</sup> Op. cit. p. 276.

<sup>84</sup> A respeito das diferenças entre circunstâncias atenuantes e causas de diminuição da pena consultar: LYRA, Roberto. **Comentários ao Código Penal**. vol. II. Arts. 28 ai 74. p. 395.

desmantelá-la e encontrar a vítima com sua integridade física incólume, na figura específica do sequestro<sup>85</sup>.

Pode-se, portanto, admitir, em nosso ordenamento, três modalidades de quadrilha: a) a quadrilha comum, prevista no artigo 288 do Código Penal; b) bando ou quadrilha específica para a prática de crimes hediondos ou equiparados, com previsão no artigo 8º da Lei dos Crimes Hediondos; e c) bando e quadrilha para a prática de crime de tráfico ilícito de entorpecentes, com previsão específica no artigo 35 da Lei nº 11.343/06.

Tendo como foco a quadrilha específica para a hipótese de perpetração de crime considerado hediondo ou afim, onde é encontrada a previsão do instituto da delação premiada e analisando a redação do artigo 8º, percebe-se que está apto, à concessão da diminuição da pena, o participante de conduta criminosa, aqui entendido como um dos autores do crime praticado com colaboração de mais de um agente, bem como o associado.

Também insta destacar que a previsão do benefício vem após a determinação de que os crimes praticados na forma do artigo 288 do Código Penal, sendo hediondos ou equiparados (tráfico de entorpecentes e terrorismo), serão punidos com pena mínima de dois e máxima de seis anos, ou seja, com repressão maior à previsão do Código Penal que é de um a três anos.

Assim, antes de divulgar o benefício que o autor de crime hediondo ou equiparado pode vir a ter caso delate seus comparsas, o legislador achou por bem deixar claro que a repressão ao crime de quadrilha nessa hipótese específica é mais gravosa do que a expressa pelo Código Penal, numa iniciativa de convencer o agente a aceitar a delação, obter a redução e facilitar o desmantelamento da organização criminosa.

Com efeito, a possibilidade de delação premiada, logicamente, vem atrelada à pluralidade de autores, o que remete à já comentada Teoria dos Jogos. Assim, como na Teoria dos Jogos, o melhor quadro para ambos os sujeito que praticam um crime é que nenhum exerça a delação pois, sem esta, a atividade de investigação

---

<sup>85</sup> “Já se vê nessa primeira norma de retorno brasileiro ao instituto da delação premiada a possibilidade deste ato não somente pelo participante (autor ou partícipe) como também de seu associado, termo que se compreende como a indicar colaboradores diversos, antes ou após o crime, ou mesmo colaborador do bando ou quadrilha de crimes hediondos, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo”. CORDEIRO, Nêfi. Op. cit. p. 276.

restaria prejudicada não ensejando, portanto, possível condenação justa e fundamentada.

No entanto, uma vez que um dos autores –indivíduo A – é detido como suspeito da prática de determinado crime e lhe é oferecido o benefício da delação premiada, ele não pensa no coletivo e passa a se preocupar consigo próprio, mesmo porque ele não pode controlar a atitude de seu comparsa que também pode ser cooptado a colaborar e aceitar, comprometendo-o. Assim, para o indivíduo A, aceitar a proposta de delação antes que os demais coautores o façam<sup>86</sup>, é a única opção que lhe resta.

Após a reinserção do instituto pela Lei de Crimes Hediondos, a delação premiada teve seu alicerce, no ordenamento, na Lei da Criminalidade Organizada de 1995, em seu artigo 6º. Tal Lei previa a necessidade de a delação ser espontânea, e não estimulada por qualquer autoridade, para que tivesse validade e pudesse gerar seus efeitos. Veja-se que espontaneidade se diferencia, e muito, de voluntariedade, pois nesta “o ato pode acontecer por provocação de terceiros”<sup>87</sup>, e aquela se configura pela sincera conduta realizada pelo agente sem a interferência de terceiros.

Com efeito, chegou-se a um consenso no sentido de que basta para a concretização da delação premiada a voluntariedade, não sendo imprescindível sua espontaneidade, de modo que “importa é se a

---

<sup>86</sup> Seguindo a mesma linha de crítica ao instituto da delação premiada já esposado no ponto anterior, importante destacar a colaboração de RENATO MARCÃO: “Em si mesma, premiada ou não, a delação dá mostras de ausência de freios éticos pode apresentar-se como verdadeira traição em busca de benefícios que satisfaçam necessidades próprias em detrimento do(s) delatado(s), conduta nada recomendável tampouco digna de aplausos. Em relação à delação premiada, o que se vê é seu surgimento quando há desajuste entre os envolvidos quando um se sente prejudicado pela persecução penal (em sentido amplo) e desamparado pelo(s) comparsa(s). O desespero, a simples intenção de beneficiar-se, ou ambos, constitui o mote da delação. Não há qualquer interesse primário em colaborar com a Justiça não há qualquer conversão do espírito e do caráter para o bem não há preocupação com o que é realmente justo e verdadeiro não há, enfim, motivo de relevante valor moral para a conduta egoísta. Porém, dela se vale o Estado na busca da verdade real dela se utiliza a Justiça na busca de sua finalidade mediata: a paz social”. In MARCÃO, Renato. **Delação Premiada**. Disponível em <http://www.conamp.org.br/Lists/artigos/DispForm.aspx?ID=117>, acesso em 20 de abril de 2013.

<sup>87</sup> CORDEIRO, Néfi. Op. cit. p. 278.

colaboração atingiu o resultado exigido e relevante demonstração de culpa penal e não se foi ato provocado inicialmente por terceiro, ou se o agente atuou movido pelos relevantes valores morais de arrependimento e regeneração”<sup>88</sup>.

A notoriedade do instituto da delação premiada, em nosso ordenamento, se confirma pelos casos concretos em que se tem discutido o cabimento da medida. Muito embora se trate de instituto com origem em países anglo-saxões, já que assume característica de *Common law*, a delação premiada vem adquirindo relevante espaço no sistema brasileiro, principalmente, por meio das informações amplamente divulgadas pela mídia<sup>89</sup> a respeito da proposta e obtenção de delação premiada por dois réus do recente caso do “Mensalão”.

No caso mencionado, o magistrado da Segunda Vara Criminal Federal da Comarca de São Paulo reconheceu a materialidade de crimes de lavagem de capital e formação de quadrilha, bem como a autoria dos réus Lucio Bolonha Funaro e José Carlos Batista. Contudo, tendo os réus confessado integralmente sua participação no crime e delatando outros comparsas, além de auxiliar na investigação disponibilizando documentos de transação e negociação de sua empresa que serviram como meio de prova a fim de comprometer outros acusados, mereceram benefícios como a redução de suas penas corporais.

Também foi colocado em evidência o instituto, sendo amplamente debatido inclusive entre leigos, quando o réu Marcos Valério requereu a obtenção do benefício aduzindo que, em troca, delataria o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva. No entanto, como já havia escoado o momento processual em que a medida pode ser concedida – estando o réu já condenado pelo Supremo Tribunal Federal à pena de quarenta anos de prisão em regime inicial fechado e tendo sido encerradas as investigações a respeito do caso – o então Presidente

---

<sup>88</sup> Op. cit. p. 278.

<sup>89</sup> “Em ação criminal aberta como desdobramento do mensalão, o juiz Márcio Ferro Catapanil, da 2.ª Vara Criminal Federal de São Paulo, reconheceu a existência do crime de lavagem de dinheiro contra a administração pública e contra o sistema financeiro, praticado pelos réus Lucio Bolonha Funaro e José Carlos Batista, mas deixou de aplicar as penas previstas em lei por eles terem colaborado com as investigações fazendo delação premiada.”

Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,juiz-absolve-reus-do-mensalao-que-fizeram-delacao-premiada,1019432,0.htm>, acesso em 08 de abril de 2013.

do Supremo Tribunal Federal, Ministro Carlos Ayres Britto, não aceitou a proposta formulada por Valério<sup>90</sup>.

Pontualmente, o instituto se tornou importante com o crescimento dos crimes praticados por organizações criminosas e com caráter sigiloso entre seus membros, caso específico do cartel. Para a conduta cartelizadora, é imprescindível a pluralidade de empresários de um mesmo ramo que tenham acordo efetuado entre si no sentido de fraudar a livre iniciativa, sendo que todas as tratativas para a manutenção do ilícito, em se tratando de crime continuado, são, em regra, feitas na clandestinidade.

Este aspecto, manutenção do ilícito e suas tratativas, originou a formulação da ideia do Acordo de Leniência implementado, inicialmente, nos Estados Unidos e se espalhando pelo mundo. O primeiro Acordo de Leniência, no Brasil, em um caso de cartéis em licitação foi firmado no Rio Grande do Sul em 1993<sup>91</sup>. A partir daí, a legislação antitruste sofreu inúmeras alterações, prevendo o instituto, em estudo, finalmente, na Lei nº 8.884 de 11 de junho de 1994, com as alterações trazidas pela Lei nº 10.149/2000. Antes de adentrar propriamente no tema leniência, cumpre destacar a possível previsão do instituto da *plea bargain*, expressamente, a partir dos Projetos de Lei 156/2009 e 236/2012, de iniciativa do Senado Federal, que visam a implantação da reforma global do Direito Penal no Brasil, supostamente, com o interesse de sua adequação às premissas constitucionais.

### **1.2.3. Delação Premiada no PLS 156/2009 – Novo Código de Processo Penal e PLS 236/2012 – Novo Código Penal**

Considerando as novas diretrizes que norteiam o Direito Processual Contemporâneo conclui-se que o Código de Processo Penal de 1941 está obsoleto, detendo ainda alguns resquícios inquisitórios, mesmo após reforma parcial pela qual passou em 2008<sup>92</sup>. O Código de

---

<sup>90</sup> Disponível em <http://oglobo.globo.com/pais/condenado-40-anos-marcos-valerio-propoe-delacao-premiada-6594438>, acesso em 08 de abril de 2013.

<sup>91</sup> VIEIRA, Caroline Sanselme. **O primeiro acordo de leniência firmado no Brasil**. Revista de Direito Internacional e Econômico – n. 11 – abril/junho de 2005.

<sup>92</sup> Sobre as reformas parciais, tratar-se-á, de forma mais detida, no capítulo III do presente trabalho, mas já se introduz como bibliografia relevante: GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformas (?) do Processo Penal – considerações**



Processo Penal tem, em seu bojo, diversas características que o deslegitimam frente à nova ordem, ao novo conceito de processo formulado a partir da centralização da Constituição e à conscientização de que a legislação ordinária deve, primeiro, estar em consonância com os ditames da Magna Carta.

Para explicar as dificuldades de aplicação das diretrizes do Código de Processo Penal de 1941 à realidade social contemporânea, deve-se começar pelo seu processo legislativo. Coube sua autoria a Francisco Campos, redator do Ato Institucional n. 1, que deu início ao golpe de 1964. Com efeito, o Código de Processo Penal foi redigido em termos rígidos, reduzindo os direitos dos jurisdicionados e hipertrofiando o poder estatal.

Sua entrada em vigor se deu em meio à Segunda-Guerra Mundial, e a inspiração para suas previsões estava no *Codici di Procedura Penale* italiano, da Era Fascista. Logo, é possível visualizar sua natureza punitiva, relegando as garantias de ordem moral e, principalmente, de dignidade da pessoa humana.

Questionando a dissonância entre o texto da lei processual penal e da Constituição Federal, o Senador Renato Casagrande apresentou projeto de lei que visa reformar o Código de Processo Penal de 1941. O PL 156/2009 sofreu – e vem sofrendo – diversas críticas, e vários órgãos da administração da justiça, bem como intelectuais, apresentaram mudanças no seu texto. Dentre eles, a Associação dos Juízes Federais do Brasil (AJUFE), o Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) e o Conselho Nacional de Justiça (CNJ)<sup>93</sup>.

A influência da Constituição – ou, pelo menos, a influência que deveria ter – no texto do Novo Código de Processo Penal fica clara já em suas primeiras linhas. Diferentemente do que se via no Código de Processo Penal de 1941 que era iniciado pelas disposições a respeito do Inquérito Policial, o artigo primeiro do Novo Código Processual Penal

---

**críticas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. e BARROS, Flaviane de Magalhães. **(Re)forma do Processo Penal – comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis n. 11.690/08, n. 11.719/08 e n. 11.900/09.** 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

<sup>93</sup> PRADO, Geraldo. **Crônica da Reforma do Código de Processo Penal Brasileiro que se inscreve na disputa política e função da justiça criminal. In O novo processo penal à luz da constituição – Análise crítica ao Projeto de Lei 156/2009, do Senado Federal.** Org. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho. v. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 3.

indica que o processo penal, em território nacional, reger-se-á pelas disposições do Código em concomitância com os princípios constitucionais fundamentais e regramentos contidos em tratados internacionais ratificados pelo Brasil<sup>94</sup>.

Com efeito, pode-se visualizar, plenamente, a nova feição que o processo penal contemporâneo visa adotar, ou seja, colocar, em foco, as diretrizes constitucionais, eis que a submissão a procedimento criminal havia se tornado um fim em si mesmo<sup>95</sup>, implicando em consequências nocivas ao jurisdicionado como sua marginalização precoce, sem sentença criminal transitada em julgado, e a redução à categoria de objeto perante as forças do Estado. Inserido no sistema, dificilmente, o jurisdicionado poderia sair ileso, uma vez que a simples incursão em estabelecimentos prisionais já traz consigo implicações irreversíveis<sup>96</sup>.

O devido processo legal assume, definitivamente, sua perspectiva constitucional – ou seja, substantiva – e, desta forma, o novo regramento estará consubstanciado nas diretrizes do devido processo legal constitucional, para o qual a eficiência e a celeridade devem ser substituídas pela feição instrumental do processo como garantia de observância do regramento constitucional em sua plenitude e de segurança ao sujeito passivo em sua integridade e dignidade.

Baseado neste questionamento, foi formulado este trabalho adotando, como base, a conformidade do instituto da leniência com o novo modelo de devido processo legal, pois, apenas se adequando a esse princípio basilar, poderá ser aceita a implantação do instituto no ordenamento nacional.

Outra previsão importante é a da exigência do exercício do contraditório – princípio decorrente do devido processo legal e do conceito de igualdade material<sup>97</sup> –, e da ampla defesa, ou seja, defesa pessoal cumulada com a defesa técnica. Segue-se tratando da natureza acusatória do processo penal contemporâneo, deixando-se de lado todos

---

94

Fonte:

[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=90645](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=90645), acesso em 20 de maio de 2013.

<sup>95</sup> CHOUKR, Fause Hassan. Op. cit.

<sup>96</sup> GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**. São Paulo: Perspectiva, 1974.

<sup>97</sup> LOPES JR., Aury. **Introdução crítica ao processo penal – fundamentos da instrumentalidade constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

os ranços inquisitoriais que compunham o texto do Código de Processo Penal vigente<sup>98</sup>.

Insere-se no novo modelo Processual a figura do Juiz das Garantias, cuja função precípua é garantir que todos os direitos individuais do investigado sejam respeitados ao longo da persecução, como por exemplo, cada vez que houver necessidade de adentrar a esfera individual do investigado, será, imprescindível, a autorização do juiz. O referido Juiz das Garantias, conforme os ditames do artigo 16 do Projeto de Lei, caso atue no sentido de admitir produção antecipada de provas, julgar *habeas corpus*, determinar arquivamento de inquérito ou determinar qualquer outra providência do artigo 14, estará impedido de atuar na fase judicial.

Assim, incorreu-se novamente na previsão de que o juiz que tiver acesso ao inquérito policial não poderá ser o mesmo que julgar a causa, ignorando que, em comarcas menores, normalmente, existe vara única, com competência concorrente para julgar casos criminais e de outras matérias, se tornando impossível a divisão da competência do magistrado na fase extrajudicial e judicial, pois há apenas um juiz respondendo por aquela comarca.

Caberá, então, ao juiz das garantias, não havendo, no entanto previsão expressa a respeito da delação premiada dentre as hipóteses de sua atuação – mas sendo interpretado extensivamente o inciso XI, alínea *e* que trata da decisão a respeito de pedidos de “outros meios de obtenção de prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado” – o deferimento de requerimento de negociações entre acusação e defesa.

Aqui, resta um problema de difícil solução. Já que o Novo Código tem, em suas disposições preliminares, a exigência de observância a todos os direitos fundamentais do indivíduo submetido a processo criminal, é uma contradição autorizar, no artigo 14, que o Juiz das Garantias defira medidas que afrontem essas garantias.

Outra problemática que acompanha essa previsão está na sua vagueza e obtusidade. Já que a nova legislação processual penal preza pela observância dos direitos fundamentais, deveria ter buscado

---

<sup>98</sup> A respeito, indispensável a análise da opinião de MIRANDA COUTINHO no sentido de que o sistema brasileiro não é híbrido, mas inquisitório em sua origem, eis que seu núcleo possui característica inquisitória. In COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Um devido processo legal (constitucional) é incompatível com o sistema do CPP, de todo inquisitorial**. Artigo da coletânea **Processo penal e democracia**. Op. cit.

erradicar, de seu texto, qualquer previsão abstrata naturalmente desafiadora dos ditames constitucionais. Atualmente, critica-se muito a abstração das hipóteses de prisão preventiva – termos como “garantia da ordem pública” abrem muitas possibilidades à discricionariedade do magistrado<sup>99</sup>.

O que se fez com a previsão retro mencionada foi reproduzir a tendência a conceitos indefinidos oportunizando, ao Juiz das Garantias, analisar e deferir qualquer outra medida, além daquelas previstas taxativamente dentre os incisos do artigo 16, mesmo que viole a ordem constitucional.

Mesmo com o objetivo imprescindível de implementar as novas políticas criminais e, acima de tudo, as diretrizes constitucionais ao direito processual penal brasileiro, a Comissão designada para a redação do anteprojeto usou apenas nove meses do ano do tempo concedido à produção intelectual do Novo Código. Este trabalho foi feito entre agosto de 2008 e abril de 2009 e, nestes meses, trataram, brevemente, da previsão legislativa da delação premiada. Como já se mencionou no respectivo ponto em que se tratou deste instituto, não existe regulamentação para a delação premiada, sendo um instituto utilizado, em nosso ordenamento, pela sua fixação a partir da prática forense.

Para MIRANDA COUTINHO<sup>100</sup>, a Comissão falhou em não se dedicar mais detidamente a um tema que enseja tamanha discussão e,

---

<sup>99</sup> LOPES JR., Aury. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

<sup>100</sup> “Tudo viria – pelo menos do que se tinha presente diante da Resolução de criação da Comissão, do Presidente do Senado, e do que se dizia nas entrevistas – com as audiências públicas previstas na referida Resolução. Para tanto, deveriam ter sido utilizados os 3 (três) meses faltantes para completar o ano; e alguns locais (de referência) já tinham até sido pensados para servirem de suporte às referidas audiências. Nelas, como é sintomático, seriam ouvidos todos os interessados, razão por que se pensou em uma convocação generalizada e indicação de especialistas para falar em nome de instituições. O novo modelo (ainda não acabado) estaria em causa e das opiniões colhidas a Comissão pretendia fechar o *disegno di legge*, agora lastreado em um quórum qualificado. Afinal (perguntou-se várias vezes) o que o Brasil deseja sobre a delação premiada? Isso que está aí, sem regra e inconstitucional? E feita como se estivesse em um balcão de negócios, com presos temporários sendo aprisionados ao acordo ou ao engodo? Meio como um absurdo contrato de adesão... e condenação para sempre do delator, destinado a viver com medo da sua sombra? Enfim, até que ponto o Estado, por uma(s) pessoa(s) que o

principalmente, por não tratar, com maior seriedade, sobre a proteção que o Estado promete despendar ao delator, eis que, à primeira vista a delação premiada<sup>101</sup> parece algo que, realmente, ensejará benefícios ao delator. Inclusive, vale ressaltar que há previsão, em nosso ordenamento, sobre testemunhas protegidas<sup>102</sup>, cuja identidade não é revelada nos autos ou, pelo menos, não ao acusado.

Outra crítica pertinente que COUTINHO faz às faltas cometidas pela Comissão a respeito do tema delação premiada diz respeito ao mau uso do tempo concedido para a conclusão do texto do Novo Código de Processo Penal, tanto que as audiências públicas que assegurariam o debate dos temas mais delicados – como o ora discutido, numa perspectiva verdadeiramente democrática, com representação real de todos os estratos sociais, mas, principalmente, seu debate por juristas não incluídos no corpo da Comissão que, certamente, teriam muito a contribuir para melhorar o novo modelo processual penal – jamais aconteceram.

Com efeito, novamente, não se terá a previsão expressa sobre a delação premiada na nova ordem processual penal. Foi inserida, somente, figura semelhante ao instituto da *plea bargain* do Direito Norte-Americano no procedimento comum sumário que consiste em verdadeiro acordo sobre a sentença em processo penal<sup>103</sup>. O artigo 273

---

representa(m), pode garantir o cumprimento da sua parte e, de fato, proteger o delator, se for o caso para sempre? E *cosi via*. Isso era só o começo das indagações e deu-se o mesmo com várias matérias” In COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Sistema acusatório e outras questões sobre a reforma global do CPP**. Op. cit. p. 18.

<sup>101</sup> DO VALLE, Juliano Keller. **Crítica à delação premiada: uma análise através da Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Conceito, 2012.

<sup>102</sup> Existe opinião na doutrina que aponta a legislação de proteção a vítimas e testemunhas como responsável pela banalização na delação premiada em nosso ordenamento. Até sua vigência, havia previsão do instituto em hipóteses taxativas, logicamente vinculadas a crimes cometidos em concurso de agente e por organizações criminosas. O artigo 1º da Lei nº 9.807/99 indica que será concedida proteção pelo Estado àqueles que se encontram coagidos ou expostos à grave ameaça em decorrência de colaboração com a justiça.

<sup>103</sup> Num exercício de direito comparado, vale destacar a colaboração de JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, a respeito dos acordos sobre sentença no processo penal. O autor traça breve crítica a respeito da natureza adversarial que o direito processual penal assume à medida que incorpora o sistema acusatório, pois o Ministério Público passa a cumprir papel de parte contrária ao réu. Posteriormente, destaca ordenamentos em que os acordos sobre sentença

---

passaram a vigorar: “Mas traços característicos do movimento em prol de certa <<consensualização>> do processo penal surgiram logo de resto – como tem sido generalizadamente reconhecido – no nosso Código de Processo Penal de 1987, através sobretudo de institutos como os do arquivamento em caso de dispensa de pena, da suspensão provisória do processo e do processo sumaríssimo. Mas também – e talvez com mais profundo significado – através da regulação legal (em alguma medida no estilo da *guilty plea*) do instituto da confissão, que mergulha as suas mais fundas raízes na ideia implícita do consenso processual e dos seus efeitos sobre o decurso do processo. Coisa análoga pode ser dita relativamente a certas tendências de consensualização processual penal que têm sido (e continuam a ser) levadas a cabo em diversos ordenamentos da Europa continental e da América do Sul submetidos à regra do Estado de Direito, subordinados por conseguinte a um modelo jurídico-penal análogo ao português. Assinale-se o instituto italiano do <<*proteggimento sulla pena*>> - mais rigorosamente, da <<aplicação da pena a requerimento das partes>> - ou o instituto espanhol da <<*conformidad*>>: o primeiro dispõe que <<o arguido e o MP podem requerer ao juiz a aplicação, na espécie e na medida indicada, de uma sanção substitutiva ou de uma pena pecuniária, diminuída até um terço, não ultrapasse cinco anos sozinha ou em conjunto com a pena pecuniária>> (*Codice di procedura penale*, art. 444-1), o segundo – considerado pela doutrina do país vizinho como um dos mais complexos e obscuros institutos do processo penal espanhol – pode ser definido como acto processual, admissível nas formas de procedimento abreviadas, traduzido numa declaração de vontade emitida pelo arguido, assistido pelo seu advogado, através da qual ele se conforma com a qualificação mais grave formulada pelas partes acusadoras e com a pena solicitada, sempre que esta não exceda seis anos de privação da liberdade; o que determina o encerramento do processo, sem ter lugar a audiência oral, com uma sentença com efeitos de caso julgado (*Ley de Enjuiciamiento Criminal*, arts. 695 e SS., 787, 801, e outros). Com análogas tentativas de consensualização o processo penal se depara também dos ordenamentos jurídicos francês e brasileiro. Em França o art. 41-2 do *Code de procédure pénale*, na versão da Lei nº 98/515 de 23.6.1999, prevê o instituto da *composition pénale*, aplicável ao conjunto das contravenções penais, bem como (com algumas excepções) aos delitos punidos com pena de prisão simples até 5 anos. Este instituto aproxima-se largamente, nas suas condições e efeitos, da suspensão provisória do processo em Portugal. Mais longe nesta via consensual foi o instituto da *reconnaisance préalable de culpabilité*, introduzida pela Lei 2004-204, de 9.3.2009 (chamada *Loi Perben II*); instituto através do qual a Procuradoria da República – relativamente a delitos punidos com multa ou com pena de prisão simples até 5 anos – pode propor ao arguido, na base de sua confissão dos factos imputados, a aceitação da pena ou penas criminais que lhe devem ser impostas: aceita a proposta homologada pelo tribunal, as sanções serão imediatamente executadas. Quanto ao direito brasileiro, o instituto da

do Projeto já aprovado no âmbito do Senado e remetido à Câmara dos Deputados em sete de dezembro de 2010<sup>104</sup> autoriza o início imediato do cumprimento de penas que não ultrapassem o máximo de oito anos. Para tanto, o inciso primeiro do mencionado dispositivo exige que tenha havido confissão total ou parcial da autoria do ilícito descrito na exordial acusatória<sup>105</sup>.

A respeito dessa nova previsão inserta a partir do projeto do Novo Código de Processo Penal, RUBENS CASAR aduziu que o instituto significa a renúncia à dilação probatória ou, ao menos, sua redução. Tratar-se-ia de método de busca pelo consenso entre o acusado e o órgão acusatório que prescindiria, contudo, de “expressa manifestação das partes no sentido de dispensar a produção das provas por elas indicadas”<sup>106</sup>.

Esta previsão traz duas considerações importantes: primeiramente, deve-se ater ao ressurgimento da admissão da verdade

---

transação penal (Lei nº 9.099 de 26.9.1995) situa-se muito próximo dos institutos franceses acabados de referir: na fase preliminar de um processo relativo a crimes <<de menor potencial ofensivo>> (contravenções e crimes puníveis com pena privativa de liberdade não superior a 2 anos), o MP pode propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas; aceita a proposta pelo arguido e homologada pelo tribunal, ela entrará imediatamente em execução”. In DIAS, Jorge de Figueiredo. **Acordos sobre sentença em processo penal – O “Fim”do Estado de Direito ou um novo “Princípio”?**. Conselho Distrital de Porto da Ordem dos Advogados Portugueses. pp. 18/20.

<sup>104</sup>

Fonte:

[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=90645](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=90645), acesso em 01 de junho de 2013.

<sup>105</sup>

Fonte:

<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=58827&tp=1>, acesso em 01 de junho de 2013.

<sup>106</sup> “Trata-se de um procedimento abreviado (do ponto de vista temporal, sumário), i.e., uma forma de simplificação da persecução penal que implica na possibilidade de renúncia (ou, pelo menos, redução) tanto da cognição (que caracteriza a jurisdição penal) quanto da formação dialética da prova” In CASARA, Rubens R. R. **O acordo para aplicação da pena: novas considerações acerca da verdade e do consenso no Processo Penal Brasileiro**. Artigo apresentado pela coletânea **O novo processo penal à luz da Constituição – Análise crítica do Projeto de Lei 156/2009, do Senado Federal**. Org. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. v. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 149.

real<sup>107</sup> trazida pelo próprio acusado; em segundo lugar, a consagração da importância da confissão como meio de prova absoluto, ambos os temas que já haviam sido pacificados em nosso ordenamento.

O consenso, já espelhado na reforma parcial de 2008 do Código de Processo Penal de 1941, é que a verdade real (material) não passa de um mito, eis que jamais será possível alcançá-la mas, no máximo, será obtida a verdade processual<sup>108</sup> formulada a partir da apresentação das provas ao magistrado da causa induzindo à sua persuasão racional. Da mesma forma, quanto à confissão, consignou-se que é meio de prova isolado que prescinde da coerência de todo o material probatório colhido. Será esta sopesada como qualquer outro meio de prova, deixando sua característica de ‘Rainha das Provas’, marco do processo medieval da Santa Inquisição.

Outro aspecto relevante a se considerar diz respeito à adequada aplicação do princípio do devido processo legal em sua modalidade material – substantiva – dando-se ênfase à instrumentalidade do processo como meio de tradução das diretrizes constitucionais. O artigo 271 do Projeto de Lei demonstra uma natureza muito semelhante a do artigo 330 do Código de Processo Civil, o chamado julgamento conforme o estado do processo<sup>109</sup>. Essa inserção na legislação processual civil se deu, consoante se denota da sua exposição

---

<sup>107</sup> POLASTRI LIMA, Marcellus. **A prova penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. e LOPES JR., Aury. Op. cit. e OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 11. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009.

<sup>108</sup> Havendo juristas que repudiam, também, a lógica de verdade material, como AURY LOPES JUNIOR: “Feita essa distinção, pensamos que é o momento de, retomando CARNELLUTI (apenas como ponto de partida), demonstrar que mesmo a verdade processual é igualmente inadequada. Com razão CARNELLUTI quando dizia (já em 1925) ser estéril a discussão a respeito de viger a verdade real (material) ou verdade processual (formal). O problema é a ‘verdade’. Para o autor, inspirado em HEIDEGGER, a verdade é inalcançável, porque a verdade está no todo, não na parte; e o todo é demais para nós. Além de inalcançável, tampouco existem verdades absolutas, como a própria ciência encarregou-se de demonstrar, pois todo o saber é dotado de prazo de validade (Einstein). Uma teoria só vale até que outra venha para negá-la. Logo, a verdade está no todo e o todo é excessivo, jamais pode ser alcançado pelo homem”. Op. cit. p. 278.

<sup>109</sup> A respeito: BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. 2. ed. v. 2. tomo I. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 220/221.



de motivos<sup>110</sup>, pelo intuito do legislador em condensar e reduzir a complexidade do processo. No entanto, aumentando-se a importância de promover o processo com celeridade e eficiência, acaba-se por incidir em decisões por vezes não acertadas, pois a prova é elemento máximo de convicção do magistrado, e a condensação do procedimento acaba ferindo a produção da prova, bem como o exercício do contraditório.

Todo esse quadro resta agravado, também, pela previsão expressa de colaboração do acusado nas investigações que consta do artigo 106 do Novo Código Penal, fruto do recente Projeto de Lei 236/2012 iniciado, também, pelo Senado Federal. Com o título de ‘Imputado colaborador’, tem-se a hipótese dos acordos entre acusação e defesa para fins de redução da pena. Inserido no Título VII, juntamente com a figura da barganha – que consiste na celebração de acordo para aplicação imediata das penas, já prevista no Novo Código de Processo Penal e reforçada na legislação material –, a colaboração do imputado consiste em outra forma de aplicação da *plea bargain*. Consiste, no entanto, em caso de extinção da punibilidade, e não somente redução de pena ao acusado que “tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal”<sup>111</sup>, muito parecido, portanto, com a figura da leniência no Direito Concorrencial.

A diferença entre ambos, leniência e *plea bargain* consiste no fato de que, na aplicação do artigo 106 do Código Penal, se terá, teoricamente, a participação efetiva do representante do Ministério Público; já na leniência, será o acordo firmado entre o proponente e o Ministério da Justiça, Órgão do Poder Executivo, o que teoricamente retiraria sua legitimidade<sup>112</sup>.

Para que seja concedida a extinção da punibilidade, devem ser observados os requisitos elencados nos incisos do mencionado dispositivo de lei que consistem no auxílio efetivo na identificação dos

---

<sup>110</sup>Fonte:<http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/b110756561cd26fd03256ff500612662/ff662edcd5aed31d032569fa0073a59f?OpenDocument>, acesso em 10 de maio de 2013.

<sup>111</sup>

Fonte:

<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=58827&tp=1>, acesso em 01 de junho de 2013.

<sup>112</sup> Entendimento colacionado por RAFAEL JUNIOR SOARES, em artigo apresentado para revista Brasileira de Ciências Criminais n. 215 sob o título **Da impossibilidade do uso do acordo de leniência como forma de impedir o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público**. Exatamente o que se tenta desconstruir a partir desta pesquisa.

demais coautores – tratando-se, logicamente, de hipótese cabível, apenas, nos casos de concurso de agentes ou organizações criminosas, quando se pode transacionar alguma modalidade de acordo entre as partes. Além disso, também é imprescindível que seja possível a localização da vítima com sua integridade física preservada e, por fim, seja garantida a recuperação do produto do crime.

A crítica mais enfática à adoção da *plea bargain* no ordenamento brasileiro, sem fazer sua releitura a partir da Constituição da República de 1988, é apontada sobre a falta de garantia de segurança ao delator, ou seja, se ele, realmente, será acautelado pela legislação de proteção às vítimas e testemunhas.

Com o explanado nesse último ponto, pode-se verificar que o tema delação premiada está merecendo atenção especial dos projetos submetidos ao processo legislativo perante o Congresso. Na legislação processual penal, a delação premiada não é encontrada de forma expressa, mas, subliminarmente, na possibilidade de acordo entre acusação e defesa para aplicação imediata da pena. Já no projeto do Novo Código Penal, o legislador foi mais além, destacando, claramente, a autorização da medida como nos moldes já encontrados nas legislações especiais que a previam. Com a legitimação do instituto da delação premiada, a discussão a respeito do Acordo de Leniência se torna ainda mais importante para a realidade jurídica penal contemporânea, principalmente, no sentido de garantir que ambos os institutos sejam exercidos a partir da lógica do devido processo legal substantivo, pois, somente, assim, poderão ser realmente aceitos na ordem jurídica brasileira.

## **CAPÍTULO II: O ACORDO DE LENIÊNCIA: BREVE ESCORÇO HISTÓRICO E LEGISLAÇÕES ANTITRUSTE BRASILEIRA.**

### **2.1. O ACORDO DE LENIÊNCIA**

Consoante se ressaltou, anteriormente, o Acordo de Leniência é um instituto, com origem no ordenamento Norte-Americano, que consiste em espécie de delação premiada específica para a hipótese de crimes de cartel, mas, com regime jurídico diferenciado, principalmente, no que tange ao órgão responsável pela sua celebração: o Ministério da Justiça e, não, o Ministério Público.

O indivíduo ou empresa envolvida em atividade anticoncorrencial entra em contato com as autoridades antitruste, no caso dos Estados Unidos da América por intermédio do Departamento de Justiça – no Brasil, com atuação do Ministério da Justiça – comprometendo-se a cessar a atividade ilícita e cooperar na investigação para o desmanche do cartel para, em troca, receber o benefício de isenção de multa administrativa e extinção da punibilidade em matéria criminal.

Na lição de MAÍRA BEUCHAMP<sup>113</sup>, o crime de cartel continuou sendo delito de difícil persecução e posterior punição, mesmo com o uso de medidas modernas de investigação como as inspeções feitas em empresas pelos órgãos antitruste e a busca e apreensão – também chamada *dawn raids* no âmbito do direito concorrencial. Assim, a solução encontrada foi passar a contar com a cooperação dos próprios autores do ilícito, criando-se uma política de incentivo à delação premiada, dado o caráter sigiloso e clandestino do crime de cartel.

Foi, justamente, a partir dessa ideia que surgiu, não só no Brasil, mas em um número expressivo de países como África do Sul, Alemanha, Austrália, Canadá, Espanha, Estados Unidos, França, Grécia, Holanda, Hungria, Irlanda, Israel, Japão, Nova Zelândia, Portugal, Reino Unido e União Europeia, o chamado Programa de Leniência.

Tratar-se-á, então, neste ponto, do modelo de Acordo de Leniência nos ordenamentos que o adotaram antes do Brasil, demonstrando e questionando seus pontos positivos e controvertidos

---

<sup>113</sup> SALOMI, Maíra Beuchamp. **O acordo de leniência e seus reflexos penais**. Dissertação apresentada na Universidade de São Paulo, 2012.

para, depois, introduzir a previsão do Programa de Leniência no ordenamento brasileiro.

### **2.1.1. Breve esboço histórico a respeito do Acordo de Leniência.**

Conforme já apontado, os precursores, na implementação do instituto, foram os Estados Unidos da América com a redação do *Corporate Leniency Policy*<sup>114</sup> (Política de Leniência Corporativa). A mencionada política é introduzida por seus fundamentos a seguir:

The division has a policy of according leniency to corporations reporting their illegal antitrust activity at an early stage, if they meet certain conditions. “Leniency” means not charging such a firm criminally for the activity being reported. (The policy is also known as the corporate amnesty or corporate immunity policy).<sup>115</sup>

Basicamente, a política de concessão de leniência nos Estados Unidos da América consiste na garantia de imunidade aos agentes cartelizadores que delatarem a conduta anticoncorrencial em estágio embrionário. Existe previsão de três hipóteses de permissão à leniência: a leniência antes de a investigação ter sido iniciada (*Leniency before an investigation has begun*); pedidos alternativos de leniência (*Alternative requirements for leniency*); e a leniência para diretores e empregados (*Leniency for Directors, Officers and Employees*).

A leniência antes de a investigação ter sido iniciada é a que concede maiores benefícios, ou melhor, premiação por assim dizer. E isto porque, quando relatada, embrionariamente, a conduta, os prejuízos causados pela atividade anticoncorrencial são exponencialmente menores.

---

<sup>114</sup> Disponível em <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/0091.htm>, acesso em 27 de fevereiro de 2013.

<sup>115</sup> Tradução livre: “A Divisão tem uma política de acordo de leniência para corporações que reportarem suas atividades ilegais de antitruste em estágio inicial, se eles cumprirem certas condições. “Leniência” significa não processar criminalmente uma firma pela atividade que está sendo reportada (a política também é conhecida como anistia corporativa ou política de imunidade corporativa)”.

Para que seja apto à concessão da benesse, o candidato à leniência deverá cumprir alguns requisitos impostos pela Política Corporativa de Leniência<sup>116</sup>. As exigências são, basicamente, que a corporação<sup>117</sup> que vier a público denunciar a atividade ilegal e seja a primeira a se declarar para as autoridades públicas, contribua na produção de prova para a configuração do cartel, encerre imediatamente sua atuação na conduta cartelizadora e não tenha coagido qualquer outro componente a ingressar no conluio, bem como não tenha tido posição de liderança ou originado o cartel<sup>118, 119</sup>.

---

<sup>116</sup> “*Leniency will be granted to a corporation reporting illegal activity before the investigation has begun, if the following six conditions are met: 1. At the time the corporation comes forward to report the illegal activity, the Division has not yet received information about the illegal activity being reported from any other source; 2. The corporation, upon its discovery of the illegal activity being reported, took prompt and effective action to terminate its part in the activity; 3. The corporation reports the wrongdoing with candor and provides full, continuing and complete cooperation to the division throughout the investigation; 4. The confession of wrongdoing is truly a corporate act, as opposed to isolated confessions of individual executives or officials; 5. Where possible, the corporation makes restitution to injured parties; and 6. The corporation did not coerce another party in the illegal activity and clearly was not the leader in, or originator of, the activity*”. Em tradução livre: “A leniência será garantida para a corporação reportando atividades ilegais antes de a investigação ter sido iniciada, se as seguintes 6 condições forem observadas: 1. No momento em que a corporação vem a diante em reportar a atividade ilegal, a Divisão não tenha recebido informações sobre as atividades ilegais por nenhuma outra fonte; 2. A corporação, a partir do momento em que descobriu as atividades ilegais sendo executadas, tomou medidas imediatas para terminar sua participação nessas atividades; 3. A corporação reportará a ilegalidade detalhadamente e auxiliará em contínua cooperação com a Divisão durante toda a investigação; 4. A confissão da ilegalidade é verdadeiramente um ato corporativo, o que se opõe a confissões individuais de executivos ou oficiais; 5. Quando possível, a corporação deve providenciar a restituição para as partes prejudicadas; e 6. A corporação não coagiu outras partes a participar na atividade ilegal e claramente não foi o líder em originar a atividade ilegal”.

<sup>117</sup> Em nosso ordenamento, corporação sendo compreendida como empresa ou estabelecimento comercial.

<sup>118</sup> “De acordo com o legislador, não poderia o instituto ser utilizado pelos maiores infratores da ordem econômica, mediante mera confissão, para obterem benefícios de grande monta, como a redução de penalidades e extinção da punibilidade. Para estes, a punição não merece abrandamento ou anistia, dada a gravidade de suas condutas”. In SALOAMI, Máira Beuchamp. **O acordo de**

Os requisitos são importantes porque sempre será dada prevalência ao primeiro agente cartelizador que procurar as autoridades antitruste, senão todos os demais membros do conluio poderiam, a qualquer tempo, se comprometer em cessar sua atuação anticoncorrencial e jamais seriam punidos. Com efeito, a medida premia, apenas, o primeiro a se manifestar, provocando uma corrida entre os componentes do cartel para ser o primeiro delator. E, para garantir que somente o primeiro seja beneficiado, existe um sistema de senhas – o chamado *marker system*<sup>120</sup> – que controla a ordem em que os agentes cartelizadores procuraram o Ministério da Justiça.

No que diz respeito aos pedidos alternativos de leniência, tratam-se de hipóteses de concessão do benefício sem a observância de algum dos requisitos exigidos pelo Programa. Assim, mesmo que a empresa venha a público após iniciada a persecução investigatória para o desmanche do cartel poderá receber o benefício, por óbvio, de forma relativizada. Para tanto, é imprescindível que, mesmo havendo investigação em curso, o Ministério da Justiça ainda não tenha coletado evidências suficientes para corroborar futura ação penal, pois, do contrário, o auxílio do leniente não teria mais utilidade para o Estado.

Ressalte-se que, aliado a isso, o leniente deve cessar, imediatamente, sua participação na ação anticoncorrencial e auxiliar na coleta da prova suficiente a ensejar a propositura de ação penal em face dos demais envolvidos. Além disso, a confissão deve ser coletiva e não feita exclusivamente por um funcionário da empresa envolvida no cartel, bem como, caso seja possível, a empresa deverá restituir os prejuízos causados por sua atuação junto ao conluio.

---

**leniência e seus reflexos penais.** Dissertação apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012. p. 126.

<sup>119</sup> “O Estado estaria, assim, abrindo uma via ‘alternativa’ para o empreendimento ilícito, estando o infrator sempre certo de que, ao sinal de perigo, se socorreria do próprio ente repressor para lhe abrandar as consequências de seu ato. O acordo de leniência volta-se, portanto, a co-partícipes os quais, em verdade, agem como peças de uma engrenagem nociva à ordem econômica. Abre-se mão da repressão e essa espécie de infrator para dismantelar todo o aparato criminoso, buscando-se a origem intelectual da organização”. In SANTOS, André Maciel Vargas. **O acordo de leniência e seus reflexos no direito penal.**

<sup>120</sup> Tratar-se-á do assunto com maior profundidade quando o foco se dirigir à leniência no Brasil.

Nos Estados Unidos da América, diferentemente do que acontece em nosso ordenamento, é autorizado ao leniente permanecer na organização criminosa para não levantar suspeita de que tenha sido firmado o Acordo de Leniência e para coletar provas internas para corroborar a atividade ilícita do grupo. No Brasil, tal alternativa é considerada ilícita por se tratar de flagrante preparado<sup>121</sup>, repudiado pelo Direito Processual Penal Constitucional.

Por fim, também insta destacar que, sendo concedida a leniência, os benefícios serão estendidos aos demais diretores, funcionários e empregados da empresa delatora que admitirem seu envolvimento na conduta delituosa, se “eles admitirem seu erro com candura e completude e continuar a assistir a Divisão em toda a investigação”<sup>122</sup>.

Com a reestruturação do acordo de leniência nos Estados Unidos em 1993, no que tange à incorporação da vinculação da atitude delatora à concessão dos benefícios de imunidade criminal e administrativa o

---

<sup>121</sup> “A rejeição ao flagrante dito preparado ocorre geralmente com dupla fundamentação, a saber: a primeira, porque haveria na hipótese, a intervenção decisiva de um terceiro a preparar ou a provocar a prática da ação criminosa e, assim, do próprio flagrante; a segunda, porque dessa preparação, por parte das autoridades e agentes policiais, resultaria uma situação de impossibilidade de consumação da infração de tal maneira que a hipótese se aproximaria do conhecido crime impossível.

Vejamos cada um desses argumentos.

Normalmente, o exemplo apresentado para fins de caracterização do flagrante preparado ou provocado parte da suspeita existente acerca da autoria de delitos anteriores, de tal maneira que um terceiro, denominado agente provocador, atuaria com a finalidade específica de proporcionar uma situação de realidade na qual o suspeito se veria compelido a repetir (já que é o suspeito) a infração. No momento em que ele assim atuasse, a polícia já previamente colocada em sua posição estratégica, efetuariam a prisão em flagrante do delito. (...)

O outro argumento, o da atuação dolosa de terceiro, a influir no ânimo do agente, busca a invalidação do flagrante exatamente em função da ação do chamado agente provocador. Essa, a provocação do autor a praticar o delito, seria suficiente para afastar a existência do crime e do respectivo flagrante, por força do viciamento premeditado da vontade do agente”. In OLIVEIRA, Eugenio Pacceli de. **Curso de Processo Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009. p. 442. A respeito do tema existe entendimento sumulado pelo Supremo Tribunal Federal (Súmula n. 145), nos seguintes termos: “Não há crime, quando a preparação do flagrante torna impossível sua consumação”.

<sup>122</sup> Trecho do Corporate Leniency Program referente à concessão de leniência para diretores, empregados e funcionários da empresa delatora (Leniency for Corporate Directors, Officers, and Employees).

que, antes do Programa de Leniência, era uma atribuição das autoridades antitruste, “a média aumentou para mais de um acordo celebrado por mês, especificamente entre outubro de 2002 e agosto de 2003, atingindo o índice de três acordos por mês”<sup>123</sup>, o que corrobora o sucesso da medida<sup>124</sup>. Em outras palavras, quando a transparência do Programa foi solidificada e o benefício se tornou claro e incondicional, a medida passou a ser aplicada com eficiência e garantiu seu estabelecimento no ordenamento Norte-Americano.

Importante destacar que o Acordo foi pensado para acautelar a ordem econômica dos crimes de cartel; isto porque a coleta de sua prova é de extrema dificuldade devido ao caráter fraudulento e secreto da conduta anticoncorrencial. Assim, a ideia de contar com a participação e ajuda dos próprios agentes cartelizadores foi a solução mais coerente encontrada pelo Poder Público, para compensar sua incapacidade de alcançar as condutas e combatê-las.

---

<sup>123</sup> GRIFFIN, James M. **A summary overview of the antitrust division's criminal enforcement program. The modern Leniency program after ten years.** Disponível em <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/201477.htm>, acesso em 20 de março de 2013.

<sup>124</sup> “Segundo IBRAHIM ACÁCIO ESPÍRITO SOBRAL, o sucesso do programa derivou de três fatores preponderantes: a ameaça da aplicação de penalidades severas, o temor da punição e a transparência na política de atuação da agência.

O primeiro fator consiste na escolha vantajosa e aconselhável pela colaboração com as autoridades, na medida em que a participação no cartel é considerada crime, havendo efetivo risco de prisão. Mister a presença de penas que intimidem e inibam a formação do cartel. A receita norte-americana para o sucesso tem como pressuposto que os riscos envolvidos na formação e atuação do cartel precisam ser maiores que os eventuais benefícios econômicos das condutas ilícitas intentadas ou consumadas, sob pena de serem vistas como apenas um custo a mais na estratégia corporativa das empresas e de seus dirigentes. Os incentivos oferecidos pelo Programa de Leniência devem ser suficientemente atraentes.

Um outro fator a ser considerado reside na credibilidade da agência promotora da livre concorrência. Deve haver um risco significativo de apuração e punição da conduta ilícita pela autoridade competente. Diante de um clima de ansiedade, tensão e desconfiança, é inevitável a inibição de futuros cartéis e o desmantelamento dos já existentes.

É primordial a transparência na conduta da agência, transmitindo a segurança e confiança necessárias à participação no programa. A contrapartida governamental deve ser transparente e previsível para estimular a delação. In SALOMI, Maíra Beuchamp. Op. cit. pp. 142/143.



Após a implantação do instituto pelos Estados Unidos da América, diversos outros países seguiram seu exemplo, sempre motivados pela perspectiva de erradicar o cartel considerado delito de considerável ofensividade para a economia popular e os direitos do consumidor.

Como outras experiências estrangeiras da implementação do Acordo de Leniência, é possível mencionar os países que compõem a União Europeia que sucederam os Estados Unidos da América na iniciativa, passando a adotar o programa em 1996<sup>125</sup>. Diferentemente dos Norte-Americanos, a Comunidade Europeia adotou um sistema de escalonamento de multas, de modo que não será beneficiada com anistias penal e administrativa apenas a primeira empresa delatora, mas todas que se comprometerem a auxiliar na persecução do delito de cartel, recebendo benefícios proporcionais ao seu papel como colaborador na investigação. A Comunidade Europeia instituiu seu Programa de Leniência a partir do *Leniency Notice* que descreve em que consiste a conduta cartelizadora<sup>126</sup> e as consequências do crime<sup>127</sup>, bem

---

<sup>125</sup> SALOMI, Maïra Beuchamp. Op. cit. p. 148.

<sup>126</sup> “*Cartels are agreements and/or concerted practices between two or more competitors aimed at coordinating their competitive behavior on the market and/or influencing the relevant parameters of competition through practices such as the fixing of purchase or selling prices or other trading conditions, the allocation of production or sales quotas, the sharing of markets including bid-rigging, restriction of imports or exports and/or anti-competitive actions against other competitors. Such practices are among the most serious violations of Article 81 EC*”. Tradução livre: “Cartéis são acordos e/ou práticas convencionadas entre dois ou mais competidores no intuito de coordenar seu comportamento competitivo no mercado e/ou influenciando os parâmetros relevantes da competição através de práticas como a fixação de aquisição ou preços de venda ou outras condições de transação, a alocação de produtos em quotas de venda, a divisão de mercados incluindo as propostas de compra, restrições de importação e exportação e/ou ações anticompetitivas contra outros competidores. Essas práticas estão entre as mais sérias violações do Artigo 81 EC”. Disponível em:

[http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52006XC1208\(04\):EN:NOT](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52006XC1208(04):EN:NOT), acesso em 30 de março.

<sup>127</sup> “*By artificially limiting the competition that would normally prevail between them, undertakings avoid exactly those pressures that lead them to innovate, both in terms of product development and the introduction of more efficient production methods. Such practices also lead to more expensive raw materials*

como, aponta as intenções do programa e como se dará seu procedimento<sup>128</sup>.

Veja-se que a preocupação do instituto na Europa está muito mais na redução da multa administrativa imposta aos autores de cartel do que propriamente no que tange às consequências criminais que a atividade ilícita pode causar. Essa atenção se coaduna com um aspecto já trazido de que os crimes anticoncorrenciais têm que prever sanções financeiras que incentivem a delação, do contrário, os valores arcados a título de multa representarão somente mais um elemento do orçamento das empresas cartelizadoras em troca da manutenção do monopólio do mercado. Seria um pequeno prejuízo se comparado ao lucro estratosférico que essas empresas obtêm como resultado do domínio de mercado.

Como para empresas, por vezes, a punição maior vem justamente atrelada aos prejuízos financeiros que se pode vir a sofrer, o modelo europeu vem se mostrando muito eficaz de modo que entre 1996 –

---

*and components for the Community companies that purchase from such producers. They ultimately result in artificial prices and reduced choice for the consumer. In the long term, they lead to a loss of competitiveness and reduced employment opportunities”* Tradução livre: “Ao limitar artificialmente a competitividade que normalmente iria prevalecer entre eles, e tentando evitar exatamente aquelas pressões que os levariam a inovar, ambos em termos de desenvolvimento produtivo e de introdução de meios de produção mais eficientes. Essas práticas também levam a uma média mais cara de materiais e componentes para as companhias comunitárias que adquirem esses produtos. Eles por fim resultam em preços artificiais e reduzem a escolha do consumidor. Em longo prazo, eles levam à perda da competitividade e reduzem as oportunidades de emprego” . Disponível em [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52006XC1208\(04\):EN:NOT](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52006XC1208(04):EN:NOT), acesso em 30 de março.

<sup>128</sup> A partir da descrição de EDUARDO ATAÍDE DE SOUZA MOREIRA e RODRIGO PEÑALOZA é possível identificar o procedimento do modelo Europeu de 1996: se a empresa for a primeira a trair e delatar o cartel antes de qualquer investigação, garantirá, para si, uma redução da multa na ordem de 75 a 100% do valor total; (b) se a empresa for a primeira a delatar o cartel, mas a investigação já estiver em curso, a redução da multa será em torno de 50 a 75% do valor total; e (c) se a empresa não for a primeira a trair e delatar o cartel, mas colaborar com a investigação e não contestar as alegações de que é alvo, garantirá, para si, uma redução da multa que pode ser de 10 a 50% do valor total. A exata redução do valor das multas fica sob a discricionariade da Comissão Europeia.

quando foi implementado o instituto – e 2003, pelo menos, cem empresas haviam procurado o Poder Público no intuito de firmar acordos de leniência, tendo sido arrecadados dois bilhões e duzentos e quarenta milhões de euros em multa, entre 1996 e 2002<sup>129</sup>.

Não obstante a Comunidade Européia já tenha previsão do acordo desde 1996, em 2002, o Programa de Leniência sofreu consideráveis alterações, assemelhando-se mais com o modelo Norte-Americano. Com essa reforma “a discricionariedade da Comissão Européia diminuiu, aumentando, em contrapartida, a transparência e as possibilidades para uma empresa conquistar imunidade plena”<sup>130</sup>.

Para a previsão da nova roupagem adquirida pelo Acordo de Leniência, foi editado o já referenciado *Leniency Notice*, que também explica para que serve o Acordo de Leniência, aduzindo que se trata de método paliativo para o combate aos crimes de cartel, cuja investigação e desmantelamento são difícil tarefa dado o caráter sigiloso e fraudulento da conduta<sup>131</sup>.

---

<sup>129</sup> LEVY, Nicholas; O'DONOGHUE, Robert. **The EUA leniency programme comes of age.**

<sup>130</sup> SALOMI, Maíra Beuchamp. Op. cit. p. 149.

<sup>131</sup> “By their very nature, secret cartels are often difficult to detect and investigate without the cooperation of undertakings or individuals implicated in them. Therefore, the Commission considers that it is in the Community interest to reward undertakings involved in this type of illegal practice which are willing to put an end in their participation in the illegal activity and cooperate with the Commission, independently of the involvement of the other parties. The interest of the consumers and citizens in ensuring that secret cartels are detected and punished outweigh. The interest in fining those undertakes that enable the Commission to detect and prohibit such practices”. Tradução livre: “Pela sua natureza própria, os cartéis secretos são frequentemente difíceis de detectar e investigar sem a cooperação de it is in the Community interest to reward undertakings involved in this type of illegal practice which are willing to put an end in their participation in the illegal activity and cooperate with the Commission, it is it is in the Community interest to reward undertakings involved in this type of illegal practice which are willing to put an end in their participation in the illegal activity and cooperate with the Commission, independently of the involvement of the other parties. The interest of the consumers and citizens in ensuring that secret cartels are detected and punished outweigh. The interest in fining those undertakes that enable the Commission to detect and prohibit such practices”. Tradução livre: “Pela sua natureza própria, os cartéis secretos são frequentemente difíceis de detectar e investigar sem a cooperação de pessoas envolvidas ou indivíduos implicados nos cartéis. Frente a isso, a Comissão considera que é do interesse da comunidade

Por esse motivo, considerar a participação de envolvidos na conduta anticompetitiva interessados em cessar sua atividade ilícita junto ao grupo para a obtenção de provas e desmanche do conluio não é somente necessária mas, indispensável, pois do contrário, contando tão só com a investigação promovida pelas Polícias Judiciárias não seria efetivo o combate aos cartéis.

No modelo de 2002, também não é prescindível que se apresentem provas incontestáveis da atividade cartelizadora, “restando excluída do acordo apenas aquela empresa que tenha exercido coerção sobre as demais para participar da conduta ilícita ou tenha sido a instigadora ou líder (the instigator or the leader)”<sup>132</sup>. É de se ressaltar, contudo, que não foram excluídas, da obtenção do benefício progressivo de redução de multa, as empresas que viessem a público após a delação já ter sido efetuada por outro coautor, mas, apenas, gozariam de abatimento menor no montante da multa estipulada.

Como resultado dessas alterações, o Programa adquiriu um aspecto muito mais atraente para os delatores, de modo que, entre 2002 e 2008, foram apresentadas 167 (cento e sessenta e sete) propostas de Acordo de Leniência, tendo sido concedida, pela Comissão, a imunidade em 50 (cinquenta) casos<sup>133</sup>.

Desde então, diversas empresas foram investigadas a partir da delação de um dos membros do cartel, inclusive algumas muito conhecidas como a *Mitsubishi Electric Corporation* e a *Toshiba Corporation*, envolvidas em cartel no mercado de comutadores de isolamento de gás (gas isolated switchgears – GIS). Parte da decisão original foi anulada e, posteriormente, readotada pela Comissão, resultando na imposição de multa final de €74.817.000.000 (setenta e quatro milhões, oitocentos e dezessete mil euros) à *Mitsubishi* e €56.793.000 (cinquenta seis milhões, setecentos e noventa e três mil

---

*recompensar pessoas envolvidas nesse tipo de atividade ilegal que estejam dispostas a colocar um fim na sua participação e cooperar com as investigações da Comissão, independentemente do resto dos envolvidos no cartel. O interesse dos consumidores e cidadãos em assegurar que os cartéis secretos sejam detectados e punidos em prol dos interesses de encontrar aqueles envolvidos que impedem que a Comissão detecte e proíba tais práticas”*

Disponível em [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52006XC1208\(04\):EN:NOT](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52006XC1208(04):EN:NOT), acesso em 30 de março de 2013.

<sup>132</sup> Op. cit. p. 150.

<sup>133</sup> EUROPA. EUROPEAN COMMISSION COMPETITION. **Cartel statistics.**

euros) à *Toshiba*<sup>134</sup>, multa proporcional à participação de cada uma no conluio.

As estatísticas revelam e confirmam o sucesso da medida. Mais de dezenove trilhões de euros foram impostos a título de multa entre 1990 e 2012<sup>135</sup>, estando o instituto incorporado pela cultura da Comunidade Europeia. Ano após ano, espera-se que mais casos de cartel sejam reportados, o que realmente incentiva a corrida para ver quem será a primeira empresa a ceder, delatando o cartel e, conseqüentemente, obtendo o benefício de redução ou isenção das consideráveis multas.

Somente a título ilustrativo, vale a pena indicar quais foram as empresas condenadas às maiores multas desde 1969<sup>136</sup>:

Ano	Empresa	Caso	Montante em €
2008	<i>Saint Gobain</i>	Vidro de carros	880 000 000
2012	<i>Philips</i>	TVs e tubos de monitor para computador	705 296 000
2012	<i>LG Electronics</i>	TVs e tubos para monitores de computador	687 537 000
2001	<i>F. Hoffmann-La Roche</i>	Vitaminas	462 000 000
2007	<i>Siemens AG</i>	GIS	396 562 500

<sup>134</sup>Dados obtidos em <http://ec.europa.eu/competition/cartels/cases/cases.html>, acesso em 01 de abril de 2013.

<sup>135</sup>

Year	Amount in €
1990 – 1994	539.691.550
1995 – 1999	292.838.000
2000 – 2004	3.462.664.100
2005 – 2009	9.414. 012.500
2010 – 2012	5.358.206.674
Total	19. 067.412. 824

Dados obtidos em <http://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf>, acesso em 01 de abril de 2013.

<sup>136</sup>Dados obtidos em

<http://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf>, acesso em 01 de abril de 2013.

2008	<i>Pilkington</i>	Vidro de carro	357 000 000
2010	<i>Ideal Standards</i>	Utensílios para banheiro	326 091 196
2009	<i>E.ON</i>	Gás	320 000 000
2009	<i>GDF Suez</i>	Gás	320 000 000
2007	<i>ThyssenKrup</i>	Elevadores e escadas rolantes	319 779 900

Esses dados servem como confirmação do sucesso da medida na Comunidade Europeia que, desta forma, dispõe de um elemento coercitivo apto a estimular a delação. No caso, as altas multas impostas a empresas participantes de cartel servem de fator influenciador para que as corporações menores envolvidas na atividade anticoncorrencial, optem por dedurar a conduta ilícita, pois, do contrário, poderiam, inclusive, se ver expostas à potencial falência.

Para as empresas maiores, contudo, delatar pode não ser tão atrativo, porque contam com a dificuldade de comprovação da atividade cartelizadora, principalmente, no que tange à intenção de fraudar a livre concorrência em seu favor. Com efeito, exatamente sobre estas, recaem as penas pecuniárias, motivo porque as quantias impostas são tão vultuosas, devendo-se levar em consideração, para a fixação da multa, a condição financeira da empresa penalizada.

No sistema europeu assim como no Norte-Americano, o elemento mais importante, para o sucesso da medida, é a garantia de sigilo acerca da delação, para que a empresa delatora não sofra qualquer modalidade de boicote mercadológico. Assim, “o atual Programa de Leniência europeu assegura a confidencialidade e impossibilidade de *discovery* das informações e declarações apresentadas às autoridades pelas empresas deladoras”<sup>137</sup>.

Outros países, como o Canadá e a Austrália, também aderiram ao Programa de Leniência para solucionar o problema dos cartéis. No Canadá, a previsão do Acordo de Leniência veio por meio da *Competition Bureau*, órgão responsável pela persecução de infrações civis e criminais ao direito concorrencial e pela imposição das medidas sancionatórias cabíveis.

---

<sup>137</sup> SALOMI, Maíra Beuchamp. **O acordo de leniência e seus reflexos penais**. Dissertação apresentada na Faculdade de Direito da Universidade Federal de São Paulo.

Cabe, à *Competition Bureau*, a aplicação do *Competition Act*, que prevê penas privativas de liberdade de até quatorze anos de prisão, cumulada ou não, com sanções pecuniárias na monta de vinte e cinco milhões de dólares canadenses. Na esfera civil, os autores de delitos anticoncorrenciais podem, também, arcar com indenizações para a compensação financeira do prejuízo causado<sup>138</sup>.

A respeito do Acordo de Leniência no Canadá, MAÍRA BEUCHAMP SALOMI informa que o programa oferece imunidade à pessoa física ou empresa proponente que cooperar com as autoridades antitruste, auxiliando na obtenção de provas e cedendo informações importantes a respeito do ilícito concorrencial em que estava envolvida. Contudo, a anistia propriamente dita é reduzida ao âmbito criminal, estando o leniente sujeito às consequências de posterior ação civil de reparação de danos<sup>139</sup>.

O modelo canadense, então, também tem previsão de anistia penal, resguardado, o direito, à primeira empresa que reportar a atividade ilícita à autoridade antitruste. Quem celebra o Acordo de Leniência é o *Director of Public Prosecutions* (Diretor de Perseguições Públicas), pela recomendação feita pela *Competition Bureau* ao *Attorney General* (Advogado Geral)<sup>140</sup>.

Como se denota do modelo apresentado pela *Competition Bureau*, não basta que haja recomendação feita pelo órgão de controle antitruste, mas é indispensável que seja feita análise apurada pelo *Director of Public Prosecutions* e, somente com sua anuência, será concedida a imunidade almejada. O acordo, como dito, é feito entre *Director of Public Prosecutions* do Canadá, como representante da Rainha, e indivíduos ou empresas que tenham interesse em cessar sua

---

<sup>138</sup> Fonte: <http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/home>, acesso em 18 de maio de 2013.

<sup>139</sup> SALOMI, Maíra Beuchamp. Op. cit.

<sup>140</sup> Nesse acordo, constará a seguinte cláusula: [...]

4. *Immunity [Corporate Immunity]: Having considered the recommendation of the Commissioner and, after an independent review pursuant to the policy of the DPP as set out in Part VII of the Federal Prosecutions Service Deskbook, conditional upon:*

*a. the veracity of the representation contained in paragraph 2 above; and*

*b. the disclosure and cooperation of [INDIVIDUAL X] [X LTD] as required pursuant to this agreement;*

*the DPP grants [INDIVIDUAL X] [X LTD] immunity from prosecution under the Act in respect of the anticompetitive conduct.*

atividade anticoncorrencial<sup>141</sup> e colaborar com a investigação operada pelo Poder Público na busca pela erradicação do crime de cartel.

Para fins de firmação do acordo, o *Corporate Immunity Agreement*<sup>142</sup> descreve em que consiste a conduta anticompetitiva,

---

<sup>141</sup> O modelo de acordo é disponibilizado no site da Competition Bureau, nos seguintes termos (usando-se, como exemplo, o acordo entre o DPP e a empresa delatora):

*HIS AGREEMENT IS BETWEEN:*

*HER MAJESTY THE QUEEN IN RIGHT OF CANADA,*

*as represented by the*

*DIRECTOR OF PUBLIC PROSECUTIONS OF CANADA*

*- and -*

*[ X LTD ]*

*This document sets out the terms and conditions of an agreement between Her Majesty the Queen in right of Canada, as represented by the Director of Public Prosecutions of Canada ("the DPP") and [ X Ltd, as defined below ] governing the grant of immunity from prosecution under the Competition Act (the "Act").*

*This grant of immunity follows an application to the Commissioner of Competition (the "Commissioner") pursuant to the Competition Bureau's Information Bulletin entitled "Immunity Program Under the Competition Act" (the "Immunity Bulletin", attached as Appendix 1).*

*This grant of immunity relates to anticompetitive conduct in the [ insert description as appropriate, eg, "production, marketing, distribution and sale" ] of [ insert description of the products ].*

*This agreement is conditional and depends upon [ X Ltd. ] satisfying the terms and conditions set out below.*

*The parties agree and undertake as follows:*

Tradução livre: “Este acordo é entre: Sua Majestade a Rainha em exercício no Canadá e [X LTDA]. Este documento expõe os termos e condições do acordo entre Sua Majestade a Rainha em exercício no Canadá, representada pelo Diretor de Perseguições Públicas (“o DPP”) e [X LTD, como definida abaixo] determinando o direito à imunidade de processamento sob os ditames do Competition act (o “Act”). Esse benefício de imunidade segue um requerimento feito ao Comissário de Competição (o “Comissário”) nos termos do Boletim de Informações da Competition Bureau intitulado “Programa de Imunidade do Competition Act” (o “Boletim de Imunidade”, anexado ao Apêndice I).

Essa garantia de imunidade está relacionada a condutas anti-competitivas no [inserir descrição apropriada “produção, mercado, distribuição e venda”] de [inserir descrição dos produtos].

Esse acordo é condicional e depende de [X LTDA] satisfazer os termos e condições determinadas abaixo. As partes concordam a respeito das seguintes exigências.” Disponível em <http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/02479.html>, acesso em 01.04.2013.



aduzindo que se trata de atuação de empresas em fixar preços ou manter preços fixos no intuito de fraudar a livre iniciativa e concorrência. Além disso, prevê as exigências impostas ao candidato à leniência para a obtenção dos benefícios oferecidos em troca da delação e colaboração nas investigações.

Também existe, no sistema canadense, a previsão de concessão de leniência após já ter sido feita a delação por outro coautor. Nesse caso, será garantida leniência ao indivíduo ou empresa que se candidatar posteriormente caso: a) cesse imediatamente a conduta anticoncorrencial; b) concorde em cooperar plenamente, e sob suas expensas, com as investigações e ações penais instauradas contra os demais componentes do comportamento ilícito e c) confessar sua participação no cartel<sup>143</sup>.

Na hipótese de já ter se encerrado a investigação com o auxílio de outros candidatos à leniência, não mais subsistirá a possibilidade de auferir os benefícios concedidos pelo programa nos seguintes termos: *“the Leniency Program will no longer be available to an individual or business organization seeking to resolve criminal liability under the Act in regards to that investigation”*<sup>144</sup>.

Da mesma forma que ocorre no modelo europeu, o Acordo de Leniência, no Canadá, possui um sistema de escalonamento na fixação da sanção pecuniária aos lenientes que se candidatarem, posteriormente, à delação já ter sido efetuada por outro coautor. O critério adotado será de 50% (cinquenta por cento) para o primeiro candidato, 3% (trinta por cento) para o segundo e, para os demais que sucederem, a diminuição dependerá do momento em que cada componente buscou a autoridade antitruste para oferecer auxílio às investigações<sup>145</sup>.

Destaca-se, por último, que a imunidade pode, ou não, ser concedida ao candidato a leniência inscrito, dependendo da análise feita

---

<sup>142</sup> Fonte: <http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/02479.html>, acesso em 15 de maio de 2013.

<sup>143</sup> CANADÁ. COMPETITION BUREAU. **Leniency program bulletin.**

<sup>144</sup> Tradução livre: *“o Programa de Leniência não estará mais disponível para indivíduos ou organização empresarial buscando solução para sua responsabilidade criminal nos termos do Ato no que se refere a esta investigação”*. CANADÁ. COMPETITION BUREAU. Op. cit.

<sup>145</sup> *“Vale destacar que estes últimos nunca poderão receber uma diminuição em suas multas maior do que aquela concedida aos lenientes anteriores”*.

SALOMI, Maíra Beuchamp. **O acordo de leniências e seus reflexos penais.** Dissertação apresentada na Faculdade de Direito do Estado de São Paulo.

pelo *Director of Public Prosecution*, de modo que, não necessariamente, o pedido de leniência resultará em posterior anistia, o que demonstra a fragilidade do acordo no ordenamento canadense. E, como se verá adiante, há certa identificação com as falhas do modelo brasileiro, ensejadas, em sua maioria, pelo nível de discricionariedade concedido às autoridades de combate aos crimes contra a livre iniciativa.

A única garantia absoluta que o leniente tem é de que não serão utilizadas as provas com as quais colaborou para sua produção, a não ser que a parte reste inadimplente quanto às obrigações, a ele impostas, por meio do Acordo. Há, inclusive, previsão de que o *Director of Public Prosecution* poderá cassar a imunidade já concedida ao leniente, até mesmo de ofício, caso reste consignado que ele não cumpriu as exigências impostas pelo Acordo.

Na Austrália, por sua vez, os delitos concorrenciais também são punidos com extremo rigor, pois podem sofrer sanção civil e penal. As práticas que afrontam a livre concorrência foram, originalmente, previstas pelo *Trade Practices Act*<sup>146</sup> de 1974 convertido, posteriormente, no atual *Competition and Consumer Act*<sup>147</sup>.

Inicialmente, no sistema australiano, os delitos anticoncorrenciais somente estavam aptos a gerar punição na esfera civil, e “somente em 2009, o Parlamento australiano decidiu aprovar uma emenda e este normativo, denominado *Trade Practices Amendment (Cartel Conduct or Other Measures) Act 2009*, prevendo sanções criminais para os cartéis mais graves”<sup>148</sup>.

A partir de então, os delitos contra a livre concorrência passaram a sofrer sanções em ambos os âmbitos, criminal e civil, mas, com responsabilidade proporcional. Desta forma, tão somente as condutas mais graves ensejariam reflexos criminais, as mais brandas estariam satisfeitas com o cumprimento de sanção civil<sup>149</sup>.

---

<sup>146</sup>Fonte:

[http://www.consumerlaw.gov.au/content/Content.aspx?doc=the\\_acl/legislation.htm](http://www.consumerlaw.gov.au/content/Content.aspx?doc=the_acl/legislation.htm), acesso em 18 de maio de 2013.

<sup>147</sup> Fonte: <http://www.comlaw.gov.au/Details/C2013C00004>, acesso em 18 de maio de 2013.

<sup>148</sup> Op. cit. p. 170.

<sup>149</sup> Atualmente, as penas impostas para o cartel são as seguintes:

*For individuals, the cartel offense is punished by imprisonment up to 10 years and/or fines up to \$ 220 000 per contravention.*

*Under the civil prohibition, individuals may be liable o pecuniary penalty of up to \$ 500 000 per contravention.*

O *Simplified Outline* introduz o modelo de Acordo de Leniência australiano de maneira objetiva e compreensível para os leigos, de modo que, qualquer empresário envolvido em atividade cartelizadora que acesse a página da autoridade antitruste australiana consegue compreender no que consiste o acordo, quais os benefícios que pode obter por meio do programa e o que será considerada conduta anticoncorrencial<sup>150</sup>.

---

*For corporations, the fine or pecuniary penalty for each contravention of the cartel offence or civil prohibition (whichever applies) will not exceed the greater of:*

*\$ 10 000 000 Three time the total of the benefits obtained by one or more persons reasonably attributable to the commission of the offence/act or omission in the contravention of the civil prohibition*

*Where those benefits cannot be fully determined, 10 per cent of the corporate group's annual turnover in a 12-month period when the offence/contravention occurred.*

*Some of the other forms of relief available in relation to the cartel offence and civil prohibition include injunctions, orders disqualifying a person from managing corporations and community service orders*

Tradução livre: “Para pessoas físicas, a infração de cartel é punida com até 10 anos de prisão e/ou multas de até \$ 220 000 por violação. Com relação à infração civil, as pessoas físicas podem ser penalizadas com sanção pecuniária de até \$ 500 000 por violação. Para empresas, a multa ou sanção pecuniária para cada delito de cartel ou infração civil (qualquer que seja aplicável) não excederá: \$ 10.000.000, três vezes o total do valor dos benefícios obtidos por uma ou mais pessoas razoavelmente envolvidas no cometimento do delito/ato ou omissão em violação da proibição civil, quando esses benefícios não puderem ser totalmente determinados, 10 por cento do faturamento anual do grupo empresarial no período de 12 meses, no qual o delito ou a contravenção ocorreu.

Algumas outras formas de punição disponível em relação ao delito de cartel ou infração civil incluem injunções, determinação de desqualificação de uma pessoa para gerir empresas e determinação de serviços comunitários”. AUSTRÁLIA. AUSTRALIAN COMPETITION AND CONSUMER COMMISSION. Cartel conduct. Disponível em [www.accc.gov.au/](http://www.accc.gov.au/), acesso em 02.04.2013.

<sup>150</sup> • *This Division sets out parallel offences and civil penalty provisions relating to cartel conduct.*

• *A corporation must not make, or give effect to, a contract, arrangement or understanding that contains a cartel provision.*

• *A cartel provision is a provision relating to:*

(a) *price-fixing; or*

Na hipótese de atividades consideradas de baixo poder ofensivo, será processada e concedida a imunidade pela *Australian Competition e Consumer Commission* (ACCC). Já nos casos em que a atividade cartelizadora tenha consequências mais danosas ao mercado, de modo que se torne merecedora de imposição de penalidade criminal, o processamento do pedido será feito pela ACCC, com posterior recomendação ao *Commonwealth Director of Public Prosecution* (CDPP) que, após analisar a recomendação, decidirá pela procedência ou não da anistia<sup>151</sup>.

---

(b) *restricting outputs in the production and supply chain; or*

(c) *allocating customers, suppliers or territories; or*

(d) *bid-rigging;*

*by parties that are, or would otherwise be, in competition with each other*

Tradução livre: “Esta divisão prevê penalidades penais e civis paralelas relacionadas à conduta cartelizadora. A corporação não pode fazer, ou dar efeito a contrato, arranjo ou acordo que contenha previsões de cartel. Uma previsão de cartel se relaciona a: (a) fixação de preço; ou (b) restrições na cadeia de produção e distribuição; ou (c) alocar clientes, fornecedores ou territórios; ou (d) licitações fraudulentas por pessoas que estejam ou que, de outra maneira, estariam em competição em face umas das outras”. AUSTRÁLIA TRADE PRACTICES AMENDMENT (CARTEL CONDUCT AND OTHER MEASURES) ACT 2009.

Disponível em <http://www.comlaw.gov.au/Details/C2009A00059>, acesso em 02.04.2013.

<sup>151</sup> Os requisitos indispensáveis à obtenção do prêmio são:

“(i) *the corporate is or was a party to a cartel*

(ii) *the corporation admits its conduct in respect of the cartel may constitute a contravention or contraventions of the Competition and Consumer Act*

(iii) *the corporation is the first person to apply for immunity in respect of the cartel under this policy*

(iv) *the corporation has not coerced others to participate in the cartel and was not clear leader in the cartel*

(v) *the corporation has either ceased its involvement in the cartel or indicates to the ACCC that it will cease its involvement in the cartel*

(vi) *the corporation's admissions are a truly corporate act (as opposed to isolated confessions or individuals representatives)*

(vii) *the corporation undertakes to provide full disclosure and cooperation to the ACCC, and*

(b) *by the time the ACCC receives the application, the ACCC has not received written legal advice that it has sufficient evidence to commence proceedings in relation to at least one contravention of the Competition and Consumer Act*

Após essa breve digressão aos ordenamentos que adotaram o acordo antes do sistema brasileiro, foi possível notar que muitos se assemelham entre si, principalmente, no que tange aos requisitos indispensáveis à concessão da medida. Todos exigem que o candidato a leniente cesse imediatamente a conduta ilícita, colabore com a arrecadação de material probatório para a configuração e processamento criminal do delito anticoncorrencial, bem como que não tenha sido o líder da organização criminosa.

Também é possível perceber que, em regra, estes acordos autorizam inscrição posterior de novos candidatos, havendo um escalonamento da anistia percebida pelos lenientes de acordo com o momento em que ingressaram no Programa e com sua colaboração para o descobrimento do crime e a condenação dos demais componentes do cartel.

Será abordado, adiante, no segundo ponto deste capítulo dedicado ao instituto no Brasil, que muitos requisitos à concessão da leniência também foram reproduzidas na legislação antitruste nacional. Todavia, é imperioso focar nas particularidades de cada sistema, o que influencia no sucesso, ou não, da medida.

## **2.2. O ACORDO DE LENIÊNCIA NA LEGISLAÇÃO ANTITRUSTE BRASILEIRA**

Deixou-se claro nas primeiras linhas desse trabalho que, com escopo na Constituição de *Weimar*<sup>152</sup>, o constituinte decidiu por bem

---

*arising from the conduct in respect of the cartel*". Tradução livre: "(i) a empresa é ou foi membro de cartel; (ii) a empresa que admite sua responsabilidade a respeito do cartel pode constituir contravenção ou contravenções do Ato de competição e consumidor; (iii) a empresa é a primeira a se candidatar à imunidade no que tange à sua responsabilidade no cartel perante a política; (iv) a empresa não coagiu outros a participar do cartel e não foi líder no cartel; (v) a empresa cessou sua conduta perante o cartel ou informou a ACCC que cessará em breve; (vi) a admissão da empresa é realmente um ato corporativo (ao oposto de confissões isoladas ou representações individuais); (vii) a empresa se responsabiliza a encontrar provas capazes de auxiliar na investigação da ACCC e (b) Se no momento em que a ACCC receber a aplicação ainda não tenha recebido conselho legal por escrito de que possui evidências suficientes para começar os procedimentos por pelo menos uma contravenção do Ato de competição e consumidor que diga respeito à conduta de cartel?".

<sup>152</sup> Constituição de *WEIMAR* na íntegra:

[http://www.zum.de/psm/weimar/weimar\\_vve.php](http://www.zum.de/psm/weimar/weimar_vve.php).

inserir capítulo referente à Ordem Econômica, reconhecendo o Estado como organismo controlador das forças de mercado e, portanto, legitimado para defesa à livre iniciativa.

Já nas Constituições de 1934 e 1937, havia título reservado à ordem econômica como também, na Constituição de 1988, se verifica a presença da tutela da ordem econômica no Título VII, definido como “*Da Ordem Econômica e Financeira*”. Dentre os artigos 170 e 192, estão consignados os pressupostos de resguardo da ordem econômica e financeira com a previsão de seus princípios<sup>153</sup>.

---

<sup>153</sup> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

~~VI - defesa do meio ambiente;~~

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

~~IX - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte.~~

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Possível constatar que a preocupação da Constituição se encontra muito atrelada à defesa da livre concorrência e proteção da propriedade privada, dotada de *status* de direito fundamental – e, conseqüentemente, incluída no rol de prerrogativas envolvidas pelo manto das cláusulas pétreas (artigo 60, parágrafo 4º) não sendo passíveis de alteração mediante emendas constitucionais (operadas pelo poder constituinte de reforma ou reformador). Também sendo válido destacar a importância deferida às pequenas e médias empresas numa ação estatal em busca de crescimento econômico e destaque na economia nacional e, principalmente, internacional, estimulada pela globalização econômica, e exercida por meio da exploração dos mercados consumidores através da exportação.

Antes mesmo das diretrizes traçadas pela Constituição vigente, é válido atentar para a importante colaboração do deputado Agamenon Magalhães que instituiu o artigo 148 na Constituição de 1946 que preconizava a repressão ao abuso em face do poder econômico e acautelamento de uma ordem econômica justa, sem a manifestação de poder de minorias detentoras do monopólio de mercado mas, antes, assegurando e motivando o desenvolvimento do mercado em busca da estabilidade financeira nacional, intimamente dependente do sucesso das políticas de incentivo à projeção da Economia.

E essa questão está premente no artigo 174 da Constituição de 1988 que prevê competir, ao Estado, a fiscalização das atividades econômicas, bem como reservando, a ele, a função de incentivador e planejador, sendo obrigatório no setor público e recomendável sua atuação no setor privado. Veja-se que, numa perspectiva crítica atrelada, principalmente, às diretrizes da criminologia contemporânea, isso nada mais é que a manutenção do poder soberano do Estado garantido por dispositivo constitucional logo, de eficácia imediata. Em outras palavras, trata-se de iniciativa do Estado em assumir o importante papel de gestor indireto de toda atividade econômica desenvolvida em território nacional, que lhe garante amplo poder perante os cidadãos<sup>154</sup>.

Como já tratado anteriormente, a manutenção do poder estatal se legitima, principalmente, a partir da tutela penal que, por seu caráter repressivo, gera a sensação de observância regular e preocupação concreta por parte do Estado e, conseqüentemente, enseja a ideia da segurança jurídica<sup>155</sup>.

Justamente por isso toda vez que o Estado tem a necessidade de se legitimar ou re-legitimar, após qualquer abalo em sua estrutura que repercute em insegurança coletiva, ele atua no sentido de implementar leis que tenham cunho repressivo, em outros termos, de natureza penal. Tal ação é inerente ao Estado que atua, desse modo, desde as civilizações antigas, podendo-se citar o exemplo dos Gregos e Romanos, bem como a atuação do Direito Canônico em prol da manutenção do poder da Igreja, hipertrofiado no período medieval<sup>156</sup>.

---

<sup>154</sup> BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica ao direito penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

<sup>155</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão da segurança jurídica**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

<sup>156</sup> “Assim já na Grécia antiga, cujo sistema econômico era escravista, as moedas, conhecidas pelos gregos antes dos romanos, tinham sua falsificação punida com a pena de morte. Estabelecendo a mesma sanção no final do século

O Direito Penal Econômico, portanto, nasce com as leis que tipificavam condutas consideradas anticoncorrenciais, e significava, tal como hoje, a tutela específica em nome do Estado na garantia da ordem econômica em exercício de ditame constitucional. Compete, portanto, ao Direito Penal Econômico, o estudo dos crimes financeiros, tributários e empresariais que resultam em prejuízo à ordem econômica, bem como sua prevenção e repressão.

Dentre os Diplomas Legais que firmaram o Direito Penal Econômico como disciplina relevante no ordenamento brasileiro, insta destacar a Lei nº 4.137 de 1962 como a primeira que trouxe, em seu bojo, previsões voltadas à garantia da ordem econômica, sendo sua finalidade regular a repressão ao abuso do poder econômico. Esta Lei Federal trouxe importante colaboração ao direito concorrencial como exercitado hoje, instituindo o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) que, posteriormente, especificamente a partir da vigência da Lei nº 10.149 de 2000, foi alçado à categoria de autarquia federal.

Também na Lei nº 4.137/62, estabeleceu-se a previsão das condutas consideradas lesivas ao Poder Econômico em seu artigo segundo que indicava o que era considerado forma de abuso ao Poder Econômico, dentre as quais é plausível destacar as seguintes

---

III a. C., a legislação vigente da cidade de Átia vedava o abuso na comercialização de grãos, regulamentando-se estoques e limitando-se lucros. Ainda na antiguidade, em 18 a. C., durante o Alto Império, Roma teve promulgado por OTAVIO AUGUSTO, da dinastia Juliana, a Lex Julia de Annona, que estabelecia a pena de morte para a alta de preços e a violação de normas sobre importação e comércio de gêneros alimentícios. Cuidava-se de um período de autoritarismo governamental que experimentou largo expansivismo comercial, fomentado pela política econômica de AUGUSTO, tendente a fixar o comércio como um traço de união do Império. Daí a caracterização de estreita regulação mercantil. No período medieval, com viés punitivo, o Direito canônico condenava à excomunhão aquele que praticasse a usura, por considerar que o dinheiro jamais poderia gerar dinheiro, sendo o tempo algo sagrado sobre o qual o homem não poderia criar uma taxação. [...] Já no século XVIII, ao final da Idade Moderna, seguindo-se o rol ilustrativo desta primeira fase, durante o reinado de MARIA TERESA, rainha da Hungria e Boêmia, a exportação de cereais e frutas e a violação de normas sobre o fabrico de cerveja podiam ser punidas até com a morte” In SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito penal econômico – fundamentos, limites e alternativas**. São Paulo: Quartier latin, 2012. pp. 24/25.



condutas<sup>157</sup>: a) ajuste entre empresas ou pessoas interessadas no objeto de sua atividade; b) qualquer forma de concentração de empresas – como coalizão e incorporação; c) elevar, sem justa causa, os preços com o objetivo de aumentar arbitrariamente o lucro; d) formar forças de monopólio de mercado e exercer especulação abusiva com a intenção de elevar temporariamente os preços; e) formar grupos econômicos ou agregar empresas em detrimento de livre deliberação dos compradores ou vendedores; e f) exercer concorrência desleal – principalmente configurada pela exigência de exclusividade para propaganda publicitária e combinação prévia ou ajuste de vantagens na concorrência pública ou administrativa (licitação).

Com efeito, inicialmente, se verifica a tutela majoritariamente administrativa das condutas enumeradas como anticompetitivas e fraudadoras do mercado. No entanto, também se percebe que a atuação do Estado em regular – e, mais que isso, regulamentar – o mercado e a Economia era muito mais restritiva, havendo previsão de rol mais extenso das condutas taxativamente impostas como atentatórias à livre iniciativa. Observe-se que, no artigo 1º da mencionada Lei, existe o rol dos crimes contra a ordem econômica<sup>158</sup>.

Não obstante tenha, a Lei, enumerado as condutas – que, posteriormente, foram praticamente reproduzidas pela Lei nº 8.884 de 1994 que também traz a previsão do que configura afronta ao Poder Econômico –, a sua principal função foi definir a competências e as funções do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) a partir de seu artigo oitavo. Nesta Lei, foi conferida atenção maior à previsão do conselho que, propriamente, às condutas supostamente lesivas ao mercado. Contudo, a mencionada Lei instituiu quais condutas serão consideradas crimes contra a ordem econômica em seu artigo 4º que se encontra, ainda hoje, vigente tendo sofrido reforma pela recente Lei nº 12.529/11.

Já a Lei nº 8.884 de 11 de junho de 1994 traz modificações sutis à Lei de 1967, introduzindo, já nas primeiras linhas de seu texto, a observância à livre iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa do consumidor e repressão ao abuso do poder econômico, estendendo o espectro de legitimação da Lei e traçando seu

---

<sup>157</sup> Fonte: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/L4137.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4137.htm), acesso em 15 de abril de 2013.

<sup>158</sup> A relevante diferença entre infração administrativa e crime será tratada com maior profundidade, a seguir, ainda neste primeiro ponto do Capítulo II.

respeito às diretrizes traçadas pela Constituição de 1988, bem como reforçando o poder do Estado em fiscalizar e comandar as iniciativas de mercado.

Do mesmo modo, nas modificações sutis constatadas, pode-se visualizar a alteração de alguns dados a respeito da competência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, sendo válido citar como exemplo que, inicialmente, o CADE<sup>159</sup> era composto por um Presidente e outros quatro membros, sendo esse número alterado para seis com a legislação antitruste de 1994. Importante, também, deixar consignado que os seis integrantes, além do Presidente, teriam função de Conselheiros compondo o Plenário do CADE.

Outro papel significativo da Lei nº 8.884/94, principalmente para este trabalho de Dissertação, foi a regulamentação da Secretaria de Direito Econômico (SDE) que tinha, antes da vigência da Lei nº 12.529/11, desempenho fundamental no Acordo de Leniência bem como no procedimento administrativo, em si, como parecerista.

A mencionada Lei também inseriu, no ordenamento jurídico brasileiro, o próprio Acordo de Leniência, objeto desta pesquisa, por meio das alterações introduzidas pela Lei nº 10.149 de 21 de dezembro de 2010 que prevê em seu artigo 35-B:

Art. 35-B – A União, por intermédio da SDE, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de um a dois terços da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte [...].

Essa introdução do acordo foi redigida com base na Medida Provisória nº 2.055/2000, tendo sido convertida na Lei nº 10.149/2000. Esta Lei implementou os artigos 35-B e 35-C na Lei de Defesa da Concorrência de 1994.

---

<sup>159</sup> A partir de agora, será adotada a sigla CADE para referência ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

A leniência também restou regulamentada pela Portaria nº 456 de 15 de março de 2010, do Ministério da Justiça que estabelece como se dará o procedimento administrativo e as funções das persecuções a ilícitos à ordem econômica, tanto em uma perspectiva repressiva, quanto preventiva. A prevenção é a função precípua do controle de estruturas pelo Estado<sup>160</sup> e consiste em uma análise que antecede a inserção do empresário no mercado e os atos de concentração. Essa Portaria serviu para estabelecer algumas previsões vagas a respeito das espécies de processos administrativos, da prevenção a ilícitos econômicos e como se processarão os atos de concentração. Também regulamentou detalhes a respeito do Programa de Leniência em seu artigo 59 e seguintes.

Basicamente, fica evidente qual a função do Programa de Leniência: “garantir a plena concretização do princípio constitucional na livre concorrência, com especial relevância para a implementação da Política Brasileira de Combate a Cartéis”<sup>161</sup>. Segue apontado em que consiste o “conjunto de iniciativas” estabelecido para combater os cartéis: a) investigar e punir as condutas que lesam a ordem econômica, notadamente; b) informar constantemente os cidadãos das garantias

---

<sup>160</sup> Sobre o controle de estruturas, insta destacar as considerações feitas por LEOPOLDO PAGGOTO, BRUNO OLIVEIRA MAGGI e GABRIEL NORONHA GRECCO a respeito do procedimento já na nova Lei de Defesa da Concorrência – Lei nº 12.529/2011: “O principal objetivo do controle de concentrações é assegurar o ambiente competitivo nos mercados, identificando de antemão as operações que possam comprometer a concorrência. Não basta reprimir as condutas que violam a concorrência, é preciso evitar as operações que ameaçam a concorrência. A nova legislação de controle da concorrência alterou profundamente o processo de controle de concentração em relação à Lei 8.884/1994. É possível afirmar que aqui se encontram as mudanças mais profundas debatidas da Lei 12.529/2011, dentre as quais merecem destaque a introdução do sistema de controle prévio de concentrações, alterações nos requisitos para notificação de concentrações e mudanças no processo de avaliação do ato de concentração. Uma das características mais marcantes da política antitruste brasileira sob a Lei 8.884/1994 era o fato de as empresas não precisarem esperar a aprovação do CADE para executarem suas operações. Apesar de serem obrigadas a notificar o CADE de suas operações em até 15 dias úteis da realização do ato de concentração, as empresas eram livres para executar a operação antes de receberem a aprovação do CADE”. In **A nova lei de defesa da concorrência – Lei 12.529/2011**. Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais – n. 55 – 2012.

<sup>161</sup> Fonte: <http://www.cade.gov.br/upload/2010PortariaMJ456.pdf>, acesso em 30 de maio de 2013.

asseguradas pelo Programa de Leniência<sup>162</sup>; c) conscientizar os órgãos públicos da importância do Programa de Leniência como política de combate a cartéis; e d) dar assistência a apoio aos proponentes de acordo de leniência.

Porém, antes de abordar, especificamente, as previsões da Lei nº 8.884/94, imperativo tangenciar, de forma breve, as alterações e diferenças entre a forma como são tratadas as condutas anticompetitivas pela Lei nº 8.137/ano? e pela Lei 8.884/94, atualmente, já revogadas pela recente Lei nº 12.529/11.

Alguns críticos<sup>163</sup> apontam determinadas falhas de redação da Lei de 1994 como, por exemplo, assuntos relevantes à dupla punição – administrativa e penal – sobre os crimes contra a ordem econômica. Dentre as críticas substancialmente mais relevantes, tem-se a referência a “atos de qualquer forma manifestados”, o que significaria que palavras ou gestos poderiam ser considerados infrações à ordem econômica, estando o cidadão exposto a mais um conceito aberto que dá azo a interpretações extensivas, comprometendo a segurança jurídica.

Com atenção neste aspecto, já foi firmado entendimento no sentido de que a expressão empregada “atos de qualquer forma manifestados” caracterizam, tão somente, as ações e omissões, não se estendendo às outras formas de manifestação humana, encerrando, de certo modo, a insegurança jurídica patrocinada pela terminologia vaga e imprecisa utilizada na redação do diploma legal.

Outra consideração importante que deve ser reforçada, neste momento, visto que já foi aventada com maior vigor no primeiro capítulo, é quanto à natureza dos crimes contra a ordem econômica que fica subentendida na expressão – atos que “possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados” – como de perigo. Conforme se denota de simples análise literal do disposto, os crimes contra a

---

<sup>162</sup> Assim, em função dessa previsão, foi redigida a Cartilha de Combate a Cartéis e Programa de Leniência do Ministério da Justiça, sobre a qual se falará a no ponto três desse capítulo, que se vale de informações trazidas de maneira lúdica para tratar o instituto de forma corriqueira, compreensível aos leigos, exatamente, quem poderá usufruir da medida.

<sup>163</sup> Dentre os quais se destaca: JÚNIOR, Miguel Reale. **Despenalização no direito penal econômico: uma terceira via entre o crime e a infração administrativa?** Revista Brasileira de Ciência Criminais. n. 28

ordem econômica não prescindem de resultado, tratando-se de delitos de perigo em que o resultado se presta apenas para exaurir a conduta<sup>164</sup>.

É de se destacar também que as condutas elencadas no artigo 20 da Lei 8.884/94 não constituem rol taxativo, devido à expressão aberta “além de outras”, encontrada no *caput* do artigo 21, de modo que, caso seja produzido potencial de lesão à livre concorrência mediante conduta não prevista no artigo 20 pode-se, sim, considerá-la administrativa e penalmente punível<sup>165</sup>.

Imperioso notar, a partir da breve análise exposta nesta parte do trabalho, que a Legislação Antitruste carece, desde suas primeiras disposições, de preocupação com questões atinentes ao exercício dos direitos mais caros aos cidadãos. Ao prever que a natureza dos ilícitos anticoncorrenciais será de crime de perigo, pressupondo mero risco de afronta à economia para sua consumação e propositura de ação penal em face do autor do ilícito, bem como ao dispensar a análise a respeito da culpa, as leis que trataram da tutela à ordem pública não se adéquam às imposições constitucionais sobre as disposições de política criminal e processo penal<sup>166</sup>.

---

<sup>164</sup> Importante ressaltar que não se tratam de ilícitos de mera conduta ou simples atividade, sendo interessante colacionar as ponderações de MIGUEL REALE JÚNIOR a respeito do tema: “Dessa forma, contrariamente ao que se afirma, não são infrações de simples atividade ou mera conduta, pois se exige que haja potencialidade para causar perigo à ordem econômica mediante, por exemplo, atos que possam produzir a limitação da concorrência ou a dominação de mercado relevante, dando-se *relevância à criação de uma situação perigosa*, pois mesmo que os efeitos que os atos pudessem produzir não tenham sido alcançados tem-se por igualmente configurada a infração. Trata-se, portanto, de infração de perigo concreto [...]”. In JÚNIOR, Miguel Reale. **Despenalização no direito penal econômico: uma terceira via entre o crime e a infração administrativa?** Revista Brasileira de Ciência Criminais. n. 28 p. 118.

<sup>165</sup> “Não constitui uma exaustão, não sendo a enumeração taxativa, mas meramente exemplificativa, pois o legislador em linguagem coloquial afirma: “as seguintes condutas, além de outras (...)”, não encerrando, assim, o rol das condutas infracionais. Deve-se ponderar ademais que podem existir condutas não descritas no art. 21 que tenham potencialidade para produzir os efeitos previstos nos incisos do art. 20 e que configuram infração econômica. Todavia, as condutas elencadas nos incisos do art. 21 apenas tipificam infrações se puderem produzir um dos efeitos mencionados no art. 20” In JÚNIOR, Miguel Reale. Op. cit. p. 119.

<sup>166</sup> Tema já introduzido pelo capítulo I.

Verifica-se, pois, que o conteúdo da Legislação Antitruste, pelo menos até a Lei nº 8.884/94, possuía um viés autoritário e repressivo, focando, precipuamente, na condenação do infrator à livre iniciativa do que propriamente numa investigação preocupada com a observância de garantias fundamentais, afrontando, conseqüentemente, o devido processo legal, reforçando a premissa de que se presta mais a legitimar o poder do Estado que, propriamente, assegurar a economia.

Deste modo, as leis que inseriram as regras de mercado, cujo mentor é justamente o Estado, trouxeram, consigo, tais características autoritárias, como a vagueza e a previsão de punição para o mero perigo de dano à ordem econômica, além da dispensa de culpa para configuração da conduta antijurídica voltando-se, justamente, a legitimar o controle da economia pelo próprio Estado aumentando seus poderes, especialmente, por meio da criminalização das condutas anticompetitivas.

Retornando à premissa da dupla punição já dantes introduzida, e adentrando no próximo tópico deste capítulo II, a tipificação das condutas contra a ordem econômica se encontra na Lei nº 8.137/67 e a das infrações administrativas na revogada Lei nº 8.884/94. Exatamente por isso, a doutrina ingressou em acalorado debate a respeito da punição criminal pela consumação de ilícito contra a ordem econômica, intimamente ligada ao suposto *bis in idem* que resulta da punição de uma mesma infração em ambas as áreas: administrativa e penal<sup>167</sup>. Assim, vieram, a destaque, questionamentos a respeito de qual âmbito é mais adequado à persecução dos delitos anticoncorrenciais como fomentado por um juízo, antes político, do que, especificamente, legal.

Com efeito, antes de concluir a análise acerca do Acordo de Leniência no Brasil, impende destacar, brevemente, a ascensão de uma nova categoria de tutela considerada, em si, um híbrido entre a repressão administrativa e a penal, assim qualificada pela maioria de Direito Administrativo-penal ou direito de intervenção<sup>168</sup>. Tal categoria é pautada na lógica de despenalização dos delitos contra a ordem econômica, restringindo, sua repressão, à esfera administrativa, mais adequada e menos onerosa.

---

<sup>167</sup> REALE JR., Miguel. Op. cit.

<sup>168</sup> HASSEMER, Winfried. **Crisis y características del moderno derecho penal**. Actualidad Penal. Madrid, nº 43/22 de 1993. in **Processo penal e direitos fundamentais**. Revista Del Rey jurídica. Ano 8 - n. 16 - 2006.

### 2.3. DIREITO “ADMINISTRATIVO-PENAL” OU “DIREITO DE INTERVENÇÃO”.

O bem jurídico pré-existe à conduta que, supostamente, provoca lesão em face dele. Assim, a economia e as bases do que se considera livre concorrência já existiam antes da tipificação de ilícitos que as violasse, e tal previsão legal é baseada, antes, na necessidade de legitimação do Estado que, propriamente, na comprovação de infalibilidade e adequação das reprimendas. O crime, por se tratar de uma construção social e ser caracterizado como fenômeno intimamente atrelado aos bens jurídicos cujo amparo merece maior atenção pela sua projeção no âmbito das relações sociais, respeita uma lógica de criminalizar aquilo que se torna mais importante para a tutela e o monopólio do Estado.

Como os delitos contra a ordem econômica têm como vítima imediata supostamente, a estabilidade econômica do Estado, este se inclina a aumentar o vigor das reprimendas em face de tais ilícitos, por sentir, diretamente, os prejuízos deles decorrentes.

Assim, analisando o progresso das medidas restritivas, constata-se que a previsão de sanções criminais, muito diferentes daquelas que podem ser impostas no âmbito administrativo, surge com o intuito de aumentar a autoridade das sanções impostas aos que cometem infrações à ordem econômica. E isto, efetivamente, se configura em *bis in idem*, eis que a imposição penal apenas reforça a punição já imposta pela área administrativa. Reconhecível, portanto, a dupla punição na esfera de reprimendas contra afronta à ordem econômica a partir da simples constatação de que é punida uma mesma conduta em modalidades diferentes: na esfera penal, como crime sujeito à restrição de liberdade e multa; na área administrativa, na categoria de infração administrativa sujeita à multa ou prestação pecuniária.

Em função disso, muitos autores<sup>169</sup>, como Hassemer e Hungria, se inclinaram à propositura da despenalização dos crimes contra a ordem econômica, ingressando no mérito das diferenças existentes entre a figura do crime – aqui, pensado como ilícito penal – e as infrações administrativas – ora vistas como ilícitos administrativos.

Para NELSON HUNGRIA:

---

<sup>169</sup> HASSEMER, Winfried. Op. cit.

A diferença não repousa em dados qualitativos, pois a única a ser encontrada entre crime, contravenção e ilícito administrativo é a quantitativa, representada pela maior intensidade de agressão à ordem jurídica, considerada pelo legislador em função de conveniência política criminal<sup>170</sup>.

Como efeito, as supostas discrepâncias entre as figuras que afrontam a ordem jurídica estariam intrinsecamente ligadas, antes, à conveniência política pautada, principalmente, por um espectro de gravidade delineado pelo próprio Estado, titular do processo administrativo e legitimado à propositura da ação penal pública por meio do Ministério Público. Desse modo, quanto maior a lesão que pode ser provocada à dita ordem jurídica, proporcionalmente maior, deverá ser a natureza das infrações – classificadas em ordem crescente como infração administrativa, contravenção e crime – bem como a sanção, a elas, cominada<sup>171</sup>.

Não discordando totalmente das premissas do redator do Código Penal de 1940, mas, apenas, complementando a partir de uma visão moderna das ciências criminais, a infração administrativa, as contravenções e os crimes nada mais são que construções humanas que se voltam a determinar qual é a ordem jurídica a ser seguida, pois, antes de existir um ordenamento jurídico, havia, certamente, outro modelo de ordem posto.

Partindo de uma premissa antes antropológica que jurídica, vale utilizar a colaboração de LÉDIO ROSA DE ANDRADE para situar a ordem vigente antes da organização em sociedades. No período em que a formação cultural era sintetizada na existência de hordas, grupos compostos por hominídeos a respeito dos quais se tem poucos registros no que tange às suas características genéticas fisiológicas mas, sobre os quais, há estudos de que estes regulavam seus grupos de maneira organizada, a ordem era imposta e determinada pelo *pater*<sup>172</sup>.

---

<sup>170</sup> HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 38.

<sup>171</sup> REALE J., Miguel. Op. cit.

<sup>172</sup> Ora, a partir da história, da antropologia, da filosofia e da paleontologia, sabe-se que nossa espécie só articulou uma linguagem, só exerceu o pensamento subjetivo e, com isto, o simbólico, a partir do paleolítico médio, mais ou menos há setenta mil anos atrás. E também se sabe que o homem sapiens já existia há, pelo menos, cem mil anos. Ou seja, nossa espécie já andava pelo planeta muito



Com efeito, os homens antecedem as leis, de modo que estas são, de fato, construções do ser humano e, não, o contrário. Inicialmente não havia ilícito, o proibido é uma colocação – uma imposição – que vai de encontro à natureza humana. Pontualmente, com respaldo nisso, VERA MALAGUTI BATISTA<sup>173</sup> afirma que o crime ou, em termos gerais, as infrações não são ontológicas mas, antes, uma formulação do próprio ser humano, a partir do momento em que decide se organizar em sociedade e, para tanto, traça o perfil do sujeito aceitável para compô-la<sup>174</sup>.

A organização em sociedade implica na formulação de requisitos de comportamento que tornam o indivíduo apto, por assim dizer, para a vida em grupo. A lógica de coletivo enseja a necessidade de se formular o perfil do homem socialmente hábil, e, exatamente neste ponto, se pode encontrar o cerne da ilicitude; sendo ilícito tudo aquilo que não é considerado socialmente aceitável perante o grupo organizado, e o que não é aceitável é descrito e tipificado pelo Estado, controlador maior de todas as atividades sociais.

Com base nas considerações *retro* apontadas, chega-se à conclusão de que não há diferença entre ilícito administrativo e ilícito penal quanto à forma pois, ambos tutelam direitos de natureza idêntica. Somente existe uma graduação da suposta circunspecção de um e de outro em face da esfera social, o que repercute em maior ou menor gravame sofrido pelo indivíduo contra o qual as sanções impostas são fundamentadas em premissas, quase que exclusivamente, políticas.

Nas palavras de REALE JR.:

Estas lições indicam não haver uma diferença de natureza substancial entre ilícito penal e administrativo retributivo, conforme também preleciona Daniele Propato, para a qual as sanções administrativas retributivas são idênticas em suas funções às penais “*perseguendo entrambe una*

---

antes de ter uma linguagem e de criar qualquer simbolismo. Portanto parece óbvio que já tenha existido um líder, hoje chamado pai simbólico, que determinava a lei da horda, durante aqueles milhares de anos de convivência social sem linguagem e sem o simbólico. De outra forma, nossa espécie não sobreviveria, pois estaria dispersa. Assim, a Lei é posterior ao Pai, conforme descreveu Freud. In ANDRADE, Lédio Rosa de. **Violência, psicanálise, Direito e cultura**. 2. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p. 18.

<sup>173</sup> BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução Crítica à criminologia brasileira**.

Rio de Janeiro: Revan, 2011.

<sup>174</sup> BARATTA, Alessandro. Op. cit.

*finalità di prevenzione generale e speciale*”. Em assim sendo, a escolha pela qualificação de uma conduta como ilícito penal ou administrativo não é senão de Política Administrativa, tendo em vista, primordialmente, a busca de maior eficácia social<sup>175</sup>.

Tais considerações se voltam a demonstrar que a escolha de enquadramento de uma conduta como ilícito administrativo ou penal é do Estado, por meio da legislação posta e legitimado à garantia da ordem jurídica. Trata-se de juízo antes de conveniência e oportunidade – consequentemente, discricionário – no momento do processo legislativo.

No que tange, especificamente, aos delitos contra a ordem econômica, vê-se que eles encontram previsão tanto no âmbito penal quanto no administrativo. Uma mesma conduta enseja, concomitantemente, investigação em sede administrativa e criminal eis que a suposta separação de instâncias corroborada pela jurisprudência majoritária dos Tribunais Superiores<sup>176</sup> confere validade às punições tanto de natureza administrativa como penal.

---

<sup>175</sup> JÚNIOR, Miguel Reale. **Despenalização no direito penal econômico: uma terceira via entre o crime e a infração administrativa?** Revista Brasileira de Ciência Criminais. n. 28.

<sup>176</sup> Somente a título ilustrativo, colaciona-se a decisão mais recente do Supremo Tribunal Federal a respeito do assunto: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. 1. TRÂNSITO EM JULGADO DO ACÓRDÃO PROFERIDO NO JULGAMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO DA DEFESA. IMPETRAÇÃO DE HABEAS CORPUS NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA APÓS O TRANSCURSO DO PRAZO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE HABEAS CORPUS COMO SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL. 2. INDEPENDÊNCIA RELATIVA DAS ESFERAS PENAL E ADMINISTRATIVA. 3. INEXISTÊNCIA DE AMEAÇA A DIREITO DE LOCOMOÇÃO. 1. Trânsito em julgado do acórdão objeto da impetração no Superior Tribunal de Justiça. Nos termos da jurisprudência deste Supremo Tribunal, o habeas corpus não pode ser utilizado como sucedâneo de revisão criminal. 2. É pacífica a jurisprudência deste Supremo Tribunal no sentido da independência relativa das esferas penal e administrativa, havendo repercussão apenas em se tratando de absolvição no juízo penal por inexistência do fato ou negativa de autoria. Precedentes. 3. Seja o ora Recorrente absolvido por insuficiência de provas ou por atipicidade da conduta, essas duas situações não repercutiriam na punição imposta na via administrativa. 4. Recorrente absolvido

Assumindo a crítica no sentido de que a autonomia das esferas administrativa e penal serve como autorizadora de verdadeira imposição de *bis in idem* – vedado pelo ordenamento penal, devidamente respaldado pelos critérios e princípios constitucionais – REALE JR. argumenta no sentido de que, sendo as condutas que tratam do abuso do poder econômico enquadráveis em ambas os âmbitos penal e administrativo de acordo com a legislação antitruste, tais condutas devem encontrar eficácia, em sua tutela, em apenas uma das duas instâncias ou, ao contrário, ensejariam inexorável *bis in idem*<sup>177</sup>.

Com efeito, a justificativa de que as áreas administrativa e penal são independentes, de fato, enseja e fomenta a incursão em *bis in*

---

por insuficiência de provas. Pretensão de rever a punição imposta administrativamente. Inexistência de ameaça ao direito de locomoção. 5. Recurso ao qual se nega provimento. (STF - RHC 116204 / DF - DISTRITO FEDERAL, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. em 16.04.2013). Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp>, acesso em 16 de abril de 2013.

<sup>177</sup> Prossegue: “Haverá *bis in idem* se se considerar que a “lei antitruste” estabelece uma responsabilidade solidária entre empresa e o seu administrador na prática de infração à ordem econômica (art. 16), prevendo a aplicação de multa ao administrador indiretamente responsável pela infração cometida pela empresa (art. 23, II). As demais penas, mormente as previstas nos incisos I, III e V (publicação de sentença em cisão de sociedade ou venda de ativos), podem ser aplicadas à pessoa física do administrador.

Por esta razão, o administrador ou gerente sofrerá duas punições que se somarão: a pena privativa de liberdade de reclusão de 2 a 5 anos (art. 4 da Lei 8.137) ou de detenção de 2 a 5 anos (art. 5), em ambos os casos alternativa com a pena de multa, sendo certo que as penas privativas de liberdade inferiores a 4 anos podem, pela recente Lei 9.714/98, ser substituídas pela pena de “prestação pecuniária”, que nada mais é que uma multa paga à família da vítima ou a entidade de cunho assistencial, que se adicionará à sanção administrativa de multa ou a penalidade prevista no art. 24 da “lei antitruste”.

Haverá, sem dúvida, pelo mesmo fato, um acúmulo de penas de caráter pecuniário imposta pelo Cade, outra pela Justiça Penal, ferindo-se o princípio da proporcionalidade, segundo o qual o mal imposto deve guardar proporção com o malefício causado, desrespeitando-se este princípio, também, quando se somam as sanções de cunho administrativo e penal pelo mesmo fato, em especial se forem idênticas, por exemplo, duas penas de multa, ou pena de prestação pecuniária e multa”. Op. cit. REALE JR., Miguel. **Despenalização do direito penal econômico**. Revista Brasileira de Ciências Criminais – n. 28 – pp. 123/124.

*idem*<sup>178</sup>, posto que um indivíduo pagará, duas vezes, ao Estado por uma única ação supostamente antijurídica. Assim, a jurisprudência autorizou, por vias transversas, o descumprimento de ordem constitucional expressa, restringindo o debate à esfera de competência e criando precedentes que se estabilizaram, a fim de possibilitar a dupla punição por um mesmo ato.

A proposta trazida por REALE JR. e consubstanciada nas premissas coligidas por HASSEMER para resolver a pendência representada pelo caráter de dupla punição aos ilícitos concorrenciais, foi formular uma nova via capaz de solucionar as controvérsias que atingem ambas as tutelas, administrativa e penal, adotando-se, para tanto, alguns princípios do Direito Penal no campo do ilícito administrativo. HASSEMER, por sua vez, denomina esta terceira via de Direito de Intervenção, aduzindo que a finalidade da nova classificação se presta a garantir que: “não se aplique as pesadas sanções do Direito Penal, sobretudo as sanções de privação da liberdade e que, ao mesmo tempo possa ter garantias menores”<sup>179</sup>.

É imperioso considerar essas perspectivas, pois o fenômeno, objeto deste trabalho, é o da *administrativização* do Direito Penal, a fim de reforçar a tutela administrativa e transmitir, aos cidadãos, a falsa sensação de segurança transmitida pela atual situação. Sobre o assunto, ressalta-se o trabalho de ALICE QUINTELA LOPES OLIVEIRA:

---

<sup>178</sup> “O *non bis in idem* é um dos princípios mais importantes do Direito Penal contemporâneo, visto que veda que os mesmos fatos (leia-se mesmo conteúdo de injúrio ou uma mesma infração) possam ser sancionados duas ou mais vezes, é um princípio geral do Direito punitivo e não apenas da área penal. Os constantes processos de descriminalização e despenalização têm retirado do âmbito penal condutas que do ponto de vista da intervenção mínima, passam ao âmbito administrativo. Por outro lado, o Direito Administrativo também acaba por sancionar, de forma que se convencionou chamá-lo de Direito Administrativo sancionador. A par destas considerações, nítida a linha entre o ilícito penal e o administrativo. No Brasil, o tema central dessa problemática – a correta interpretação do princípio do *non bis in idem* – não foi desenvolvido da forma tal qual no Direito internacional, comunitário e estrangeiro” In CALDEIRA, Felipe Machado. **A conformação constitucional do direito penal econômico e a impossibilidade de sobreposição de sanções administrativa e penal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 95, ano de 2012.

<sup>179</sup> HASSEMER, Winfried. **Perspectivas de uma moderna política criminal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 8, out/dez de 1994.

Em matéria de meio ambiente e ordem econômica, onde o controle administrativo sobre as atividades dos particulares revela-se mais intensa, os crimes de perigo, dantes estudados, são utilizados de forma subsidiária, para suprir lacunas deixadas pelo tratamento ineficaz das normas administrativas ou, por vezes, como sanção à violação do controle administrativo primário.

[...]

Ao se confundirem as instâncias, o direito penal assume a função de reforço na gestão ordinária da Administração, formatando-se verdadeira acessoriedade administrativa junto ao âmbito penal<sup>180</sup>.

Também para reforçar a higidez da proposta de HASSEMER, faz-se menção à opinião de CEZAR ROBERTO BITTENCOURT ventilando que, em se tratando, a pena privativa de liberdade, como de *ultima ratio* estatal, a sua imbricação nas sanções administrativas por meio do reforço trazido pela aplicação do Direito Penal aos delitos concorrenciais significaria mitigar a subsidiariedade da pena corporal, colocando a pena restritiva de liberdade como arma do poder estatal em face do jurisdicionado para intimidar condutas que, há pouco tempo, em um ponto de análise macro, se tornaram contrárias à ordem jurídica. Isto porque o reconhecimento da ilegalidade de atos que prejudiquem o mercado está intimamente ligado ao surgimento do mercado em si que é, inquestionavelmente, recente.

Ao trasladar a natureza repressiva do Direito Penal para a esfera administrativa e autorizando a acumulação de sanções em ambas as áreas, estaria sendo caracterizada a ação na contramão das novas perspectivas penais convencionadas a partir do reconhecimento da exigência de base constitucional para o exercício do operador do direito contemporâneo.

Tendo isso em vista, REALE JR. concluiu que o Direito Penal se encontra em um processo de perda da identidade da tutela a qual se presta, qual seja, acautelar os bens individuais como a vida, a

---

<sup>180</sup> OLIVEIRA, Alice Quintela Lopes. **A expansão penal e o Direito de Intervenção.** Anais do COMPEDI. Disponível em [http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/alice\\_quintela\\_lopes\\_oliveira.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/alice_quintela_lopes_oliveira.pdf), acesso em 16 de abril de 2013.

propriedade as liberdades, sem ter que passar por um processo de adaptação aos crimes que vêm surgindo com a nova situação social consubstanciada nas lógicas de globalização, capitalismo e acúmulo de riqueza.

Com efeito, as infrações a direitos metaindividuais, como a Economia e seu ordenamento, encontram maior eficácia na aplicação de punições pecuniárias, natureza precípua da sanção administrativa, em face, não somente da aplicação do princípio da menor onerosidade, mas, por se tratarem de ilícitos normalmente perpetrados por empresas.

Ademais, também se detecta, na punição de condutas com reflexo na esfera penal e administrativa, concomitante afronta ao princípio da proporcionalidade, de modo que, não existem, nesse exercício, dois pesos e duas medidas, mas uma medida representada pela conduta única, e dois pesos, traduzidos nas duas punições em âmbitos diferentes de proteção.

Não obstante seja mais grave a dupla punição quando uma delas é restrição de liberdade, é mais fácil visualizar a ocorrência de *bis in idem* quando analisada a hipótese de imposição de multa na esfera criminal e prestação pecuniária na administrativa. Como ambas as sanções apresentam relevância patrimonial, ou seja, naturezas idênticas, pode-se verificar a ocorrência de duas sanções a um mesmo fato. Tal exercício também deve ser estimulado ao se tratar da análise de imposição de pena corporal em âmbito criminal e prestação pecuniária na esfera administrativa. Não obstante haja caráter diverso em cada imposição, ambas as sanções visam resposta a uma única conduta.

A criminalização dos comportamentos lesivos à livre concorrência, a partir de toda a análise ora traçada, apenas corrobora a teoria de que o Estado vê, na tutela penal, mecanismo importante de manutenção do monopólio da força, agindo no sentido de impor restrições de natureza penal que ensejam inscrição de nome no rol dos culpados, histórico social desfavorável e reincidência, para fins de exercer, sobre o jurisdicionado, uma presença coercitiva. Em outras palavras, a imposição de pena criminal sempre vem acompanhada do estigma que ela representa e que é construído e, também, alimentado pelos preconceitos<sup>181</sup>.

O deslocamento da competência para julgar crimes contra a ordem econômica para o âmbito do Poder Público, de modo a conceber uma nova natureza de infração que significa um híbrido da

---

<sup>181</sup> GOFFMAN, Erving. Op. cit.

administrativa com a penal é de suma relevância ao presente trabalho, visto que sua pretensão central é demonstrar que a propositura de ação penal pelo Ministério Público – valendo-se da justificativa da legitimidade ativa exclusiva à propositura da ação penal pública incondicionada – posteriormente à convenção de Acordo de Leniência no âmbito do Ministério da Justiça, incide em afronta a diversos princípios constitucionais, dentre os quais se destacam a presunção de inocência e o direito do acusado de não produzir prova contra si mesmo.

Já no ordenamento italiano, contrariamente às tendências brasileiras de criminalização de condutas com natureza não penal, houve a despenalização das afrontas à ordem econômica por meio da Lei nº 689 de 24 de novembro de 1981 que instituiu uma teoria geral dos ilícitos administrativos anticoncorrenciais, consagrando, ainda, os princípios da legalidade e não retroatividade. A mencionada Lei significou relevante utilização do princípio da menor ofensividade ao reverter as sanções por condutas que violam a livre iniciativa, exclusivamente, em multa ou ressarcimento<sup>182</sup>.

Veja-se que é muito mais coerente a lógica do ressarcimento, pois a característica precípua das condutas que violam as premissas de mercado livre é o resultado financeiro lesivo aos cofres públicos e ao consumidor. O encarceramento dos empresários que incidem em condutas anticompetitivas somente prejudica a posterior compensação dos prejuízos causados, visto que, uma vez inserido no sistema penitenciário brasileiro, raramente, o indivíduo terá condições de produção de renda, restando eternamente estigmatizado pelo histórico prisional e tendo suas atividades prejudicadas<sup>183</sup>.

Com fulcro nisso, pode-se ir, ainda mais adiante, na crítica ao uso da lei penal como manutenção de *status quo*, afirmando que essa é, efetivamente, sua única serventia, pois a compensação das consequências financeiras das condutas antijurídicas jamais serão revertidas, de modo que a ofensa patrimonial não será compensada, mas, tão somente, haverá um ônus a mais para os cidadãos, qual seja, a manutenção do preso em decorrência de crime contra a ordem econômica.

Outra relevante consideração a ser feita, ainda no campo da nova ordem de despenalização, diz respeito às chamadas “Regras de Tóquio”

---

<sup>182</sup> REALE JR., Op. cit.

<sup>183</sup> O que é respaldado pela Criminologia Crítica, cujos marcos teóricos já foram mencionados.

formuladas em 1986 e seu projeto aprovado em 14 de dezembro de 1990. Basicamente, sua premissa se funda na intenção de reduzir as populações carcerárias e implementar políticas criminais mais voltadas à dignidade da pessoa humana e a reverter a superlotação de presídios, já que esta superlotação impede o cumprimento das penas dentro das intenções de reinserção social por meio da ressocialização<sup>184</sup>, reduzindo o preso a uma categoria objetificada e, além disso, estimulando a reincidência<sup>185</sup>.

Feita essa colocação, pode-se chegar à conclusão de que a criminalização dos ilícitos cometidos contra a ordem econômica andou na contra mão do novo paradigma garantista que estimula a repressão por vias menos gravosas ao jurisdicionado que a sujeição a processo criminal que, em si mesmo, já é uma pena<sup>186</sup>. Isso tudo com respaldo no princípio da menor onerosidade que indica caber ao Estado, numa perspectiva de garantias fundamentais, assegurar que o meio de se responder a ofensas praticadas contra o ordenamento posto seja o mais razoável possível, bem como proporcional ao agravo.

Não obstante tenha sido reservada uma atenção especial no terceiro capítulo deste trabalho aos princípios constitucionais e sua indispensável aplicação no âmbito do Direito Concorrencial, cabe ressaltar, desde já, o seu importante papel para as conclusões, já que a premissa básica desta dissertação é, pontualmente, a necessidade de observância dos princípios constitucionais a partir dos quais devem emanar os atos judiciais praticados pelos operadores do Direito contemporâneo. Tal postura segue, pois, a óptica da Teoria do Garantismo Penal, doutrina introduzida por LUIGI FERRAJOLI<sup>187</sup>.

Não se pode mais negar a necessidade de se partir da Constituição Federal em qualquer atividade legal, pois, nela, são encontradas as bases

---

<sup>184</sup> A lógica, ou melhor, mito da ressocialização no ordenamento brasileiro já foi devidamente rechaçada por autores como AURY LOPES JR., ALEXANDRE MORAIS DA ROSA, dentre outros.

<sup>185</sup> Fonte: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/regras-de-t%C3%B3quio-e-medidas-n%C3%A3o-privativas-de-liberdade-no-brasil-e-na-it%C3%A1lia>, acesso em 16 de maio de 2013.

<sup>186</sup> Além da contribuição de FAUZI HASSEN CHOUKR, a quem já foi feita a devida referência neste trabalho, também é de se destacar o trabalho de ANA MASSUTI, em seu **O tempo como pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

<sup>187</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal**. 2. ed. Madri: Tota, 1997.



de um Direito democrático e que valoriza o cidadão. Assim como o devido processo legal substantivo, os princípios acima enumerados compõem o cerne das constatações ora esboçadas, de modo que sua compreensão é indispensável à obtenção das conclusões pretendidas.

A partir dos princípios constitucionais, torna-se relevante o debate a respeito da descriminalização das infrações contra a ordem econômica – aqui pensadas como as que ferem a livre iniciativa e a lógica de mercado –, pois, conforme dantes explanado a diferença entre ilícito administrativo e penal se encontra, exclusivamente, no que se refere a aspectos de forma e não de conteúdo. Deste modo, a incursão e posterior punição de um indivíduo em duas vias de restrição de direitos, no entanto, decorrentes de uma única conduta, representaria afronta à vedação ao *bis in idem*, ou dupla punição<sup>188</sup>.

Assim, é imprescindível que seja considerada a alteração já operada em outros países como Itália que trabalhou no sentido da despenalização dos ilícitos econômicos a partir das Leis nº 317 de 03 de maio de 1967, nº 706 de 24 de dezembro de 1981 e nº 689 de 24 de novembro de 1981; bem como a França, que também agiu em conformidade com a lógica de vedação à dupla punição em matéria de concorrência em 1977 e a “*Ordennace*” de 01 de dezembro de 1986. Isto porque, além de ser a estratégia mais lógica a título de política criminal, garante a compensação dos danos gerados.

Impende, pois, agora, ingressar na análise da nova Lei de Defesa da Concorrência que ampliou a importância do Acordo de Leniência e suas hipóteses de concretização, com fulcro nas novas perspectivas constitucionais e na descriminalização das condutas anticoncorrenciais, além de abordar o deslocamento de sua tutela para a via mais adequada, qual seja, a administrativa.

## **2.4. A NOVA LEI DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA – LEI Nº 12.529/2011 – E SEUS ASPECTOS RELEVANTES.**

A nova Lei de Defesa da Concorrência entrou em vigor em maio de 2012, após o decurso do prazo de *vacatio legis* de seis meses estipulado em seu artigo 128. Trouxe, em seu texto, diversas

---

<sup>188</sup> Importante deixar consignado que tal debate teve menor atenção do trabalho, não obstante sua relevância à área do Direito concorrencial, pois serviu como complementação às ideias que se almeja debater. Deste modo, suas conclusões não foram exauridas, mas apenas tangenciadas para a introdução dos demais temas com maior importância para esta Dissertação.

modificações em toda a lógica de defesa da concorrência consubstanciadas em alterações à Lei nº 8.137 de dezembro de 1990, ao Código Penal e à Lei nº 7.347 de julho de 1985 a qual disciplina a propositura de ação civil pública pela ocorrência de ofensa a bens metaindividuais, como a ordem econômica, que está prevista no inciso V do artigo 1º.

Além disso, a nova lei revogou dispositivos das Leis nº 8.884 de 1994, e nº 9.781 de 1999 que regulamenta a taxa processual incidente sobre os processos de competência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. De certo modo, a Lei nº 12.529 de 2011 substituiu a Lei n. 8.884 de 1994, até então em vigor, e que apresentou novas previsões a respeito do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, da repressão às condutas anticompetitivas e ao controle de estruturas, como a do próprio Conselho. Este tópico, portanto, se prestará a coletar as transformações resultantes da entrada em vigor da nova Lei e os aspectos da política antitruste brasileira adaptados à recente legislação.

A nova Lei de Defesa da Concorrência foi publicada no Diário Oficial da União após seis anos de análise pelo Congresso Nacional. Desse modo, seu processo legislativo foi deveras longo e detalhado e isso se deu, exatamente, motivado pela importância da nova regulamentação.

A primeira alteração significativa da nova Lei foi a formalização da previsão do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência que não existia na vigência da Lei nº 8.884 de 1994. Não obstante a prática de se usar esta expressão para se referir aos órgãos que compõem a política de combate às infrações contra a ordem econômica, sua previsão somente passou a existir, literalmente, no ordenamento jurídico brasileiro a partir da vigência da Lei nº 12.529/11.

Pelo sistema antigo, eram considerados órgãos envolvidos na execução de políticas anticompetitivas a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), a Secretaria de Direito Econômico (SDE) e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), a primeira subordinada ao Ministério da Fazenda e as outras duas ao Ministério da Justiça. Todas, apesar de estarem subordinadas a órgãos do Poder Executivo, possuíam, e possuem considerável autonomia entre si, o que significava um problema sério de instabilidade à segurança jurídica, vez que, frequentemente, a falta de regulamentação adequada, principalmente no que diz respeito às competências de cada qual, repercutia em morosidade do sistema influenciada, especialmente, pela

“sobreposição de competências e redundância no processo de investigação antitruste”<sup>189 190</sup>.

Assim, a excessiva burocracia acabava repercutindo em prejuízos palatáveis ao sistema de defesa da concorrência que sofria pelos atos sucessivamente reforçados por instâncias diferentes mediante pareceres idênticos, e que, ao final, sequer teriam utilidade, visto que o CADE poderia decidir como lhe conviesse, desde que fundamentadamente, por óbvio.

Diante desse cenário preocupante que gerava grave insegurança e mora aos procedimentos que visavam combater as condutas fraudadoras do mercado, a Secretaria de Direito Econômico e a Secretaria de Acompanhamento Econômico firmaram, em 2003, arranjo administrativo no intuito de assegurar melhor eficiência aos trabalhos prestados. Nos termos de sua previsão, a Portaria Conjunta nº 001/2003 indicava, claramente, a que objetivo se prestava:

O Secretário de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, Interino e o Secretário de Direito Econômico do Ministério da Justiça, no uso de suas atribuições decorrentes, respectivamente, dos artigos 10, II, “a” e 27 do Anexo I do Decreto no 4.430, de 18 de outubro de 2002, e dos arts. 18 e 46, caput, do Anexo I do Decreto no 4.053, de 13 de dezembro de 2001, e considerando o disposto nos §§ 4º e 6º do art. 54 da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994; a necessidade

---

<sup>189</sup> PAGOTTO, Leopoldo; MAGGI, Bruno Oliveira; GRECCO, Gabriel Noronha. **A nova lei de Defesa da Concorrência – Lei 12. 529/2011**. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais – ano 15 – v. 55 – jan/mar de 2012. p. 16.

<sup>190</sup> Cabe trazer a lição de LEOPOLDO PAGOTTO, BRUNO MAGGI e GABRIEL NORONHA OLIVEIRA a respeito da mencionada redundância: “Um exemplo dessa redundância é o processo de avaliação dos atos de concentração, que necessariamente eram avaliados pela Seae, pela SDE e pelo CADE, aos quais se adicionavam o Ministério Público e a Procuradoria Federal junto ao CADE (Pro-Cade). O excesso de avaliações sobre uma mesma operação, muitas vezes simples, resultava em pareceres idênticos, ou mesmo pareceres que se limitavam a concordar com o parecer anterior. Com isso, muito tempo e recursos públicos eram desperdiçados em casos simples. Além disso, nenhum dos pareceres emitidos no processo era vinculativo: o Cade podia tomar qualquer decisão, mesmo que oposta ao que for recomendado por tantos órgãos”. Op. cit. pp. 16/17

de racionalização dos trabalhos das Secretarias na área de defesa da concorrência; e a necessidade de serem estabelecidos princípios comuns para a sistematização da análise de atos de concentração econômica, de forma a proporcionar maior segurança jurídica aos agentes privados, bem como transparência e celeridade aos respectivos procedimentos administrativos, resolvem<sup>191</sup>: [...].

A finalidade da portaria é, claramente, garantir maior segurança jurídica e, acima de tudo, celeridade aos procedimentos de investigação de possíveis condutas anticoncorrenciais. Para tanto, também estabelece o procedimento sumário para a resolução de controvérsias a respeito da ocorrência, ou não, de fraude à livre iniciativa. Resta evidente que, pelas previsões do documento subscrito por ambos os órgãos, o procedimento sumário é reservado aos casos que não demandem atenção excessiva, isto é, na hipótese em que as operações sejam mais simples, normalmente, aquelas em que não se verifica, na conduta, de plano, potencial lesivo à livre concorrência, a decisão de autorização ao requerimento formulado pelo empresário pode ser imediata.

A exceção se destina às condutas que, possivelmente, tenham característica de afronta à livre concorrência, exigindo maior atenção tanto da SDE quanto da SEAE. Nestes casos, a regra será a aplicação do procedimento ordinário, assim, as exceções se reservam exatamente às hipóteses em que haja dúvida a respeito da potencialidade lesiva à livre concorrência. Abaixo, a título ilustrativo, serão colacionadas as condutas exemplificadas no artigo 7º da mencionada Portaria Conjunta nº 001/2003:

I – conglomerações: certos tipos de operação que não impliquem concentração horizontal ou vertical nos mercados envolvidos, mas que possam reforçar o poder de mercado das partes, por exemplo, ao combinarem recursos tecnológicos, financeiros ou outros;

---

<sup>191</sup>Portaria nº 001/2003. Disponível em [http://www.seae.fazenda.gov.br/central\\_documentos/legislacao/3-5-1-defesa-da-concorrenca/PORTARIA-1](http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/legislacao/3-5-1-defesa-da-concorrenca/PORTARIA-1), acesso em 20 de maio de 2013.

II - mercados novos ou pouco desenvolvidos: em mercados novos ou pouco desenvolvidos podem existir dúvidas quanto aos efeitos da operação;

III - reestruturações societárias: determinadas reestruturações, mesmo sem alteração de controle societário, podem não se prestar ao tratamento sumário, uma vez que a análise antitruste preocupa-se não apenas com o controle societário, mas com o controle sobre as decisões mercadologicamente relevantes das empresas;

IV - alguns casos de entrada no Brasil: determinados casos de entrada no país, quando a soma do faturamento das empresas pertencentes ao grupo adquirente no Brasil for pouco expressivo, mas tal faturamento significar o controle de parte substancial do mercado envolvido e/ou a operação envolver concorrente potencial nos mercados considerados;

V - alguns casos de aquisição de empresas fora do país: quando a operação envolver concorrente potencial nos mercados considerados.

É válido, portanto, concluir que, antes mesmo da entrada em vigor da nova Lei de Defesa da Concorrência, houve iniciativas dos órgãos competentes para análise e execução de infrações concorrenciais no sentido de aprimorar os procedimentos, visando, sempre, a melhor aplicação da legislação antitruste na qual a eficiência é imprescindível.

Outra providência nesse mesmo sentido se encontra na Portaria nº 33 de janeiro de 2006<sup>192</sup> que traz outra novidade: a previsão de cooperação entre a Secretaria de Direito Econômico e a Secretaria de Acompanhamento Econômico. Para tanto, foram traçadas as diretrizes sobre as quais se formaria a nova lógica de cooperação entre ambos os órgãos, que são : “o espírito cooperativo, a transparência na comunicação, a coordenação de ações, a racionalização dos trabalhos, a economia processual e a não duplicação de esforços”.

Com efeito, as atribuições de uma e outra secretaria foram repensadas em uma perspectiva de colaboração e participação mútuas, para evitar a corriqueira prática de repetição de pareceres com fundamentação idêntica, o que repercutia em considerável prejuízo à

---

<sup>192</sup> Disponível em <http://www.cade.gov.br/upload/2006portariaSeaeSde33.pdf>, acesso em 20 de maio de 2013.

persecução e punição de condutas que prejudicassem a ordem econômica.

A principal colaboração trazida pela Portaria nº 33 de 2006 foi a previsão da atuação coordenada entre as secretarias registrada nas chamadas Instrução Conjunta e Análise Conjunta de Condutas Anticompetitivas. A atuação coordenada foi assim definida: o procedimento começa na SDE, é enviado para o parecer da SEAE, retorna para ratificação pela SDE e remessa ao CADE, ambas, SDE e SEAE, dependendo de reuniões periódicas feitas pelos dois órgãos para acompanhar o procedimento e manter a sua cadência.

Essas portarias já foram sinais significativos do que estava por vir com a alteração legislativa trazida pela Lei nº 12.529 de 2011. Esta Lei reorganizou toda a estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa Concorrencial, prevendo que ele passaria a ser composto por duas, e não mais três estruturas, quais sejam a SEAE e o CADE. Pela mencionada Lei, a Secretaria de Direito Econômico foi incorporada ao CADE, repercutindo na consolidação “das funções de investigação, processo e tomada de decisão em uma única entidade”<sup>193</sup>.

Assim, a característica mais marcante da Lei nº 12.259 de 2011 é a ampliação da tutela do CADE, tendo sido, inclusive, apelidado de “Super-Cade” que passa a ser composto pelos seguintes órgãos: Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, Superintendência-Geral e Departamento de Estudos Econômicos<sup>194</sup>. Portanto, o papel antes exercido pelo CADE passa para o Tribunal Administrativo de Defesa Econômica que se torna competente para “receber os processos instruídos, realizar a instrução adicional, caso julgue necessário e julgar os processos, cabendo revisão apenas na esfera judicial”<sup>195</sup>.

A antiga Secretaria de Direito Econômico terá suas funções exercidas pela Superintendência-Geral que é competente para a condução de processos, a investigação das denúncias recebidas e encaminhamento do processo administrativo, devidamente instruído, ao Tribunal, juntamente com seu parecer, recomendando julgamento. Vale destacar que há diferenças no que se refere à competência que tinha a Secretaria de Direito Econômico e que, atualmente, possui a Superintendência-Geral<sup>196</sup>.

---

<sup>193</sup> Op. cit. p. 18.

<sup>194</sup> Op. cit.

<sup>195</sup> *Idem Ibidem*.

<sup>196</sup> “[...] sob o novo marco regulatório, a Superintendência-Geral terá poderes para exarar decisão final em processos de análise de atos de concentração em

Como se denota, operou-se uma espécie de hipertrofia nas funções do CADE que passou a ser o órgão com função de parecerista através da Superintendência, e com competência para julgar os atos de concentração<sup>197</sup> e aprovar a inserção de novas empresas no mercado, uma vez configurado não haver qualquer potencial lesivo à livre concorrência.

Também terá papel relevante, o Departamento de Estudos Econômicos, cuja função é a de emitir pareceres, quando instado a tanto, ou não, a respeito de questões controvertidas no âmbito do Direito Concorrencial, servindo, desta forma, como assistente qualificado aos demais órgãos do CADE.

Esta maior relevância conferida ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica, conseqüentemente, repercute na redução de importância da Secretaria de Acompanhamento Econômico, passando, o Ministério da Justiça a reger, quase que exclusivamente, as questões referentes à concorrência<sup>198</sup>.

---

que julgue ser possível aprovar a operação sem qualquer restrição. Salvo caso de impugnação por terceiros, estes casos mais simples sequer serão encaminhados ao Tribunal Administrativo, o que reduzirá significativamente o volume de trabalho dos Conselheiros e o tempo de espera das empresas pela aprovação final de suas operações”.

<sup>197</sup> Compreendem-se por atos de concentração aqueles que visam a fusão, de alguma forma, de empresas de mesmo ramo. Nos termos da Secretaria de Acompanhamento Econômico, traduzem-se em atos "que visam a qualquer forma de concentração econômica (horizontal, vertical ou conglomerada), seja através de fusão ou de incorporação de empresas, de constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação da empresa, ou do grupo de empresas resultante, igual ou superior a 20% (vinte por cento) de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais)". Definição em conformidade com o § 3º do artigo 54 da Lei nº 8.884/94. Seu estudo é de suma importância para a compreensão do tema posto na presente Dissertação, pois o delito de cartel nada mais é que o acordo entre empresários de mesmo ramo, ou seja, um ato de concentração, que, no entanto, encontra-se qualificado pelo risco de fraude à concorrência, consubstanciado no domínio de mercado e fixação de preço comum.

<sup>198</sup> Nas palavras de PAGOTTO, MAGGI e GRECCO: “[...] Por outro lado, a Seae terá um papel pequeno na repressão às infrações à concorrência. O Cade informará a Seae sobre o início do processo administrativo. Da mesma forma como na Lei 8.884/1994, a Seae decidirá se emitirá ou não parecer, dependendo

Veja-se que a função mais significativa da análise de atos de concentração e ingresso de empresas no mercado possui natureza antes preventiva que, propriamente, repressiva, visto se tratar de medida voltada principalmente a verificar a potencialidade de lesão à livre concorrência e vedação a sua instituição antes mesmo de autorizar o ingresso do empresário no mercado brasileiro. Antes mesmo de a empresa com intenção de supostamente lesar o mercado iniciar sua conduta fraudulenta, os órgãos de controle do Ministério da Justiça impedem sua inserção nos negócios.

As críticas ao novo modelo condensado da política de prevenção e repressão às condutas anticompetitivas têm sua origem na fragilidade da imparcialidade que deve ter o Super-Cade, já que, ambas as funções, de parecerista e de decisão, competem a uma mesma instituição. O CADE rechaça tais ponderações, afirmando que todas as decisões administrativas emanadas por ele estão sujeitas à análise pelo Poder Judiciário<sup>199</sup>, inclusive, na hipótese de suspeita de parcialidade.

Prosseguindo na análise a respeito das alterações convencionadas pela nova Lei de Defesa da Concorrência, imprescindível mencionar a nova redação do revogado artigo 4º da Lei nº 8.137/1990 que prevê, expressamente, o delito de cartel.

Destarte, impende consignar que, até certo ponto, a antiga legislação garantia maior segurança jurídica por prever, de forma taxativa, o que constituía crime econômico. A Lei nº 12.529/2011, ao contrário, adota a expressão aberta “*mediante qualquer forma de ajuste ou acordo de empresas*” que amplia, consideravelmente, as hipóteses

---

da relevância do caso. Por outro lado (sic), a Seae não será mais obrigada a emitir pareceres nos atos de concentração, mas pode fazê-lo sempre que achar necessário. Ademais, o Cade poderá requerer a assistência da Seae a qualquer momento sobre assuntos de economia. Nos últimos anos, essa assistência era solicitada cada vez menos e tudo indica que assim a continuará sendo, uma vez que o Cade contará com um Departamento de Estudos Econômicos” *Idem ibidem*.

<sup>199</sup> Já há entendimento consolidado pelos Tribunais Superiores que rechaça a teoria de independência absoluta entre as instâncias administrativa e penal ao prever a possibilidade de reapreciação da matéria já decidida em sede administrativa pelo Poder Judiciário, com fulcro nos princípios da inafastabilidade do Poder Judiciário e do devido processo legal, afirmando que “a via judicial é a única capaz de assegurar ao cidadão todas as garantias necessárias a um pronunciamento imparcial”. (STJ – Resp n. 472.399-AL, relatado pelo Min. José Delgado).



em que há subsunção do fato à norma, bem como a discricionariedade dos órgãos de controle antitruste. Pela adoção do sistema de *Civil Law* no qual a norma precede ao fato e este é encaixado na previsão normativa para fins de configuração de ilícito, a adoção de expressões abertas enseja grave insegurança jurídica, pois, a quaisquer atos nos quais se vislumbre potencial de lesividade à livre concorrência, é possível impor sanções penal e administrativa.

O texto antigo previa como cartel o inciso I, alínea *a* da Lei nº 8.137/90 que consistia em “abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante: a) ajuste ou acordo de empresas”. A nova previsão, contrariando os mais caros sentidos do devido processo legal constitucional e das garantias fundamentais, indica que constitui crime contra a ordem econômica “abusar do poder econômico, dominando mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante qualquer forma de ajuste ou acordo de empresas”.

Com efeito, a nova Lei não significa, necessariamente, progresso no que tange à resposta estatal em face de ilícitos que ferem a livre concorrência e as ideias de mercado, mas, apenas, legitima o próprio Estado para agravar as restrições que podem ser sofridas pelo indivíduo infrator o que não vai, de forma pontual, garantir a erradicação dos ilícitos contra a ordem econômica. Tal postura do Estado, apenas, fomentará a clandestinidade destes ilícitos, restando, a ele, reconhecer ser difícil a descoberta e o processamento das condutas.

Indo de encontro a essas ideias, eis que sempre é importante em trabalhos acadêmicos mostrar os entendimentos divergentes, cabe transcrever a lição de MARCELO BATOLUNI MENDRONI e FERNANDA MERCIER QUERIDA FARINA em recente publicação:

A alteração, embora sutil, traz à baila um apontamento importante. Com a modificação e inclusão da expressão “mediante qualquer forma”, o legislador empresta forma aberta ao tipo penal do cartel. Ou seja, sendo impossível listar todas as maneiras de ajustes ou acordos de empresas que pudessem levar ao abuso do poder econômico, o

legislador confere um elemento indeterminado ao tipo, que caberá ao operador preencher<sup>200</sup>.

A justificativa encontrada pelos autores para firmar a legalidade do conceito aberto implantado no texto da Lei mencionada é coerente, porém tal coerência não soa absoluta. Se não, veja-se. Todos os conceitos indeterminados incentivam excesso de criminalização, já que qualquer atividade de mercado pode ser entendida como de dominação e fraude. Além disso, como a culpa é dispensável para a consumação do ilícito, o sujeito fica à mercê do magistrado da causa.

Outra alteração significativa trazida pela nova Lei de Defesa da Concorrência, também prejudicial ao jurisdicionado a partir do núcleo constitucional ao qual se coaduna este trabalho, se refere à cominação de pena de multa cumulada com a de restrição da liberdade. O revogado texto da Lei nº 8.137 de 1990 previa que a pena para os crimes contra a ordem econômica consistiria em reclusão de dois a cinco anos ou multa, ou seja, a multa era previsão subsidiária ou alternativa, sendo que a hipótese autorizadora da substituição de uma pela outra cabia ao magistrado. Aqui, ressalta-se que a permuta da multa pela restrição da liberdade era menos onerosa.

A atual legislação, contudo, indica que será pena para o delito de cartel reclusão de dois a cinco anos e multa. Desse modo, a multa se tornou complementação à pena corporal, podendo, portanto, ser fixado cumulativamente pena de restrição à liberdade e pena pecuniária. Não obstante pareça ser uma alteração insignificante, ao contrário, enseja toda a alteração do procedimento que será adotado.

Na redação original, caso o autor do ilícito tivesse pena mínima, qual seja dois anos, fixada em sentença, caberia, ao magistrado da causa, remeter os autos ao Juizado Especial Criminal para a apresentação de proposta de transação penal que, caso aceita, repercutiria em não inscrição do acusado no rol dos culpados bem como não ensejaria reincidência para fins de histórico criminal<sup>201</sup>.

Desta forma, com a modificação provocada pela nova lei antitruste, o fato de a multa poder ser fixada concomitantemente com a pena privativa de liberdade retira o delito de cartel do rol dos crimes de

---

<sup>200</sup> MENDRONI, Marcelo Batlouni; FARINA, Fernanda Mercier Querida. **Alterações penais da nova lei do sistema brasileiro de defesa da concorrência**. Revista dos Tribunais – ano 102 – v. 927 – janeiro de 2013.

<sup>201</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 615.

menor potencial ofensivo. Com isto, seu processamento e punição ocorrerão, necessariamente, no procedimento comum ordinário ou sumário – a depender da quantidade de pena aplicada. A escolha do procedimento comum ordinário ou sumário implicará, tão somente, em maior ou menor agilidade do feito, não assegurando mais os benefícios que são concedidos por ocasião da adoção do procedimento sumaríssimo.

Deste modo, o que se denota é que a nova Lei de Defesa da Concorrência veio reforçar as penas, além de significar maior rigidez da tutela penal, tanto com a adoção de conceito aberto no reconhecimento das condutas que podem significar afronta à livre concorrência e ao mercado, quanto ao somar a pena de multa à de reclusão, intensificando a gravidade das imposições sofridas pelo indivíduo infrator e impedindo seu processamento sob os ditames da Lei nº 9.099/95. Ademais, manteve o critério de dispensa de culpa, que já significava inegável constrangimento ilegal, tal como em todos os crimes de perigo em que se pune a mera cogitação sem sequer levar em conta a intenção do sujeito<sup>202</sup>.

Por fim, mas não menos importante, impende destacar a inclusão do Termo de Compromisso de Cessação de Conduta – o chamado TCC. A grande polêmica que envolve o TCC está ligada a sua obstaculização à leniência, bem como a necessidade de confissão de culpa para sua realização. Assim, tendo seus efeitos estritamente ligados à seara administrativa, a confissão de culpa repercutiria em inenarráveis prejuízos aos acusados tanto na esfera penal quanto para fins de responsabilização civil.

#### **2.4.1 Termo de Compromisso de Cessação de Conduta – sua (in)compatibilidade com o devido processo legal constitucional e a exigência de confissão de culpa.**

O Termo de Compromisso de Cessação de Conduta encontra previsão no artigo 85 da Lei nº 12.529/2011, consistindo em hipótese muito parecida com o Acordo de Leniência:

Art. 85. Nos procedimentos administrativos mencionados nos incisos I, II e III do art. 48 desta Lei, o Cade poderá tomar do representado compromisso de cessação da prática sob

---

<sup>202</sup> A respeito, capítulo I.

investigação ou dos seus efeitos lesivos, sempre que, em juízo de conveniência e oportunidade, devidamente fundamentado, entender que atende aos interesses protegidos por lei.

Parágrafo 1. Do termo de compromisso deverão constar os seguintes elementos:

I – a especificação das obrigações do representado no sentido de não praticar a conduta investigada ou seus efeitos lesivos, bem como obrigações que julgar cabíveis.

[...]

Vigente sob a égide da Lei nº 8.884/1990, conforme se denota do trabalho de RENATA DANTAS<sup>203</sup>, o Termo de Compromisso de Cessação de Conduta consiste em acordo firmado entre o investigado por prática anticoncorrencial e as autoridades antitruste. De acordo com este Termo, o primeiro se compromete a cumprir requisitos impostos pelo CADE e, em troca, pode ter a investigação que sobre si paira suspensa e, ao final, em se observando o adequado cumprimento das determinações colocadas pelo órgão de proteção de mercado, ter o processo administrativo arquivado. A finalidade do instituto seria, pois, incentivar que empresas “cessem voluntariamente a conduta potencialmente lesiva à ordem econômica”<sup>204</sup> de modo a garantir a real aplicação da legislação antitruste e reduzir os riscos que as infrações econômicas representam à sociedade. Em troca, além do arquivamento, o empresário preserva a reputação de seus negócios que não serão ofuscados por persecução administrativa, bem como assegura que seja revertido o quadro de possível encerramento de suas atividades pelas autoridades antitruste.

Veja-se que a grande diferença entre o TCC e o Acordo de Leniência está em que o TCC não produz resultados práticos nas vias penal e civil. Desta maneira, o indivíduo que celebra TCC com o Poder Público e se dispõe a interromper a atuação potencialmente contrária à ordem econômica poderá ter, posteriormente, no próprio Termo, uma prova utilizada contra si nos demais âmbitos de tutela estatal. Já o Acordo de Leniência pressupõe imunidade nas demais esferas, ou seja, firmado o Acordo de Leniência, os efeitos transcenderão ao processo

---

<sup>203</sup> DANTAS, Renata. **A confissão de culpa como requisito para celebração de termo de compromisso de cessação de prática**. Revista Interesse Público – ano 13 – 2011 – n. 66.

<sup>204</sup> Op. cit. p. 100.

administrativo, tendo consequências no que diz respeito à posterior imposição de sanção penal. Assim, o Acordo de Leniência se revela mais seguro que o TCC. Mesmo porque a simples convenção firmada, ou seja, o TCC, entre o indivíduo supostamente agindo em face da estabilidade da economia e do mercado e o Estado repercute em uma confissão de culpa transversa, ou melhor, confissão tácita, pois se ele assegura que não mais irá agir no sentido de prejudicar a ordem econômica, estará afirmando, quase que diretamente, que se encontrava na perpetração de ilícito econômico.

Mesmo que haja previsão inserida na legislação antitruste por meio da Resolução do Conselho Administrativo de Defesa Econômica nº 46 de 04 de setembro de 2007<sup>205</sup>, indicando que o protocolo de proposta de assinatura de TCC não ensejará confissão quanto à matéria de fato ou o reconhecimento da ilicitude do fato narrado, o artigo 126-G preceitua que, em se tratando de Acordo de Leniência, a confissão de culpa é indispensável, mas, na hipótese de celebração de TCC, a indispensabilidade ou não de confissão de culpa ficará a critério do CADE na análise do caso concreto.

Assim, não há exigência de confissão quando do protocolo da medida, mas a discricionariedade dos membros do Conselho extrapola a simples análise de cabimento da medida. Dentro desta perspectiva, os membros do Conselho estão autorizados a impor, ao candidato, a confissão de sua culpa, o que repercutirá em consequências graves a seus direitos nas esferas penal e civil, já que a confissão poderá ser utilizada pelo Ministério Público tanto para ensejar justa causa à persecução penal quanto para confirmar a materialidade e autoria da conduta, culminando com condenação com julgamento de mérito.

Em março de 2013, foi publicada uma nova resolução a respeito da celebração de TCC no Diário Oficial da União, tendo, em seu bojo, previsões ainda mais delicadas e controvertidas que aquelas dispostas em 2007. Os ditames do artigo 185 da Resolução nº 5 de 06 de março de 2013<sup>206</sup> - Tratando-se de investigação de acordo, combinação, manipulação ou ajuste entre concorrentes, o compromisso de cessação deverá, necessariamente, conter reconhecimento de participação na

---

<sup>205</sup>Disponível em:

<http://www.cade.gov.br/legislacao/resolucoes/Resolucao46.pdf>, acesso em 21 de maio de 2013.

<sup>206</sup>

Fonte:

[http://www.cade.gov.br/upload/Resolu%C3%A7%C3%A3o%205\\_2013.pdf](http://www.cade.gov.br/upload/Resolu%C3%A7%C3%A3o%205_2013.pdf), acesso em 25 de abril de 2013.

conduta investigada por parte do compromissário. – são um exemplo de previsão delicada e controvertida.

Com efeito, em se tratando de acordo de vontades firmado entre dois ou mais indivíduos em atuar de modo a prejudicar a concorrência – atuando em nítida conduta cartelizadora – o reconhecimento de envolvimento, aqui traduzido como confissão da conduta investigada, é imprescindível. Assim, conclui-se que foi imposta, implicitamente, a confissão, mesmo que disfarçada em sua redação minuciosamente pensada. E, isto, exatamente, para evitar interpretação que resulte em sérias polêmicas no que tange à sua adequação constitucional.

Assim, para que o proponente possa gozar dos benefícios assegurados pelo TCC, é necessário que ele reconheça a participação na ação considerada criminosa pelo CADE, valendo lembrar que os benefícios se restringem, tão somente, à via administrativa, não garantindo a imunidade penal como ocorre na leniência.

A expressão aberta “mediante qualquer forma de ajuste ou acordo entre empresas” é, extremamente, conveniente para o Estado, pois, como o conceito é vago, prescinde de definição exata pelo Conselho sobre esta “ ‘qualquer forma’ de ajuste ou acordo” – e, na hipótese de revisão pelo Poder Judiciário, pelo Magistrado – qualquer ato pode ser considerado potencialmente lesivo à livre concorrência, principalmente, por se tratar de infrações de perigo que independem de culpa. Assim, firmando-se o TCC, o Estado poderá identificar uma conduta qualquer como potencialmente lesiva. Por óbvio, há que ter fundamentação para o enquadramento e exigência de confissão do proponente; este reconhecimento de culpa, posteriormente, será danoso para o proponente, pois, poderá levar a fomentar e fortalecer um processo criminal.

Há ainda mais uma consideração a ser feita. Diz respeito à confidencialidade das celebrações de TCC – requisito de validade que se estende ao Acordo de Leniência. Primeiramente, a Lei nº 12.529 de 2011 no parágrafo 5º do artigo 87 afirma que os TCCs prática **poderão** ter caráter confidencial. Aqui, novamente, se expõe, o proponente, ao arbítrio do CADE no sentido de poder decidir se concederá, ou não, sigilo no que se refere às informações coletadas para fins de consolidação do Termo. Observe-se que, no momento dessa decisão, todas as informações já foram fornecidas pelo proponente.

Também, nesse sentido, a mencionada Resolução nº 5 de 2013 indica que será requisito, à concessão do TCC, a participação e colaboração do proponente nas investigações necessárias à conclusão do

procedimento administrativo investigatório, conforme se extrai de seu artigo 186. Com efeito, não basta, para a conclusão do Termo, a confissão do indivíduo envolvido em conduta supostamente nociva à ordem econômica; ele deve auxiliar na persecução administrativa para que, ao final, com o deferimento, lhe seja assegurado qualquer benefício na seara administrativa.

A mesma Resolução agrava, ainda mais, a situação do instituto quando, em seu artigo 192, prevê que o TCC terá duas vias assinadas, sendo uma para o compromissado e outra para os autos do procedimento administrativo. O agravamento reside no fato de que o inteiro teor do Termo ficará disponível no sítio do CADE durante o período de sua vigência.

Ora, se a concretização do Termo entre o CADE e o indivíduo em suposta atuação anticoncorrencial não o imuniza de posterior ação penal, facilmente se conclui que o Poder Público está disponibilizando, ‘de bandeja’, todas as informações delatadas, pelo compromissado, ao Ministério Público que, com um simples acesso à página da internet do CADE, poderá recolher toda a prova necessária à propositura de ações penais em face de todos os compromissados por meio do Termo firmado.

O TCC, portanto, possui características estruturais e efeitos muito similares ao instituto do Acordo de Leniência. A principal e mais relevante diferença é que, neste, existem efeitos de imunidade para além da esfera administrativa, evitando que o sujeito venha a ser processado e julgado por crime contra a ordem econômica na esfera penal; aquele, no entanto, somente assegura o sobrestamento do processo administrativo e seu posterior arquivamento.

A finalidade do TCC é análoga a do Acordo de Leniência, principalmente, em se tratando de crime de cartel, eis que a celebração de ambos objetiva provocar a participação do cartelizador na investigação para fins de obtenção de provas concisas da prática ilícita. Tendo em vista que o crime de cartel é um crime operado na clandestinidade, os termos do acordo de vontades firmados entre seus componentes têm caráter sigiloso.

Trata-se, pois, de uma modalidade de prova, uma vez que, para a obtenção dos benefícios que podem ser conferidos pela concessão da medida, o agente cartelizador precisa auxiliar no fornecimento de elementos de prova que possam fundamentar posterior ação penal que verse sobre o crime de cartel perpetrado. Ressalte-se que, diferentemente do Acordo de Leniência, o TCC não garante

anistia/imunidade na esfera criminal. Assim, todas as provas que sejam adquiridas com o auxílio do coautor de delito de cartel, necessariamente, irão comprometê-lo em posterior ação penal, ou seja, o que está sendo patrocinado, por meio do TCC, é a produção de prova, por parte do coautor do delito, contra si próprio e, tal situação fere, cabalmente, as novas bases garantistas do direito processual penal.

Cabe ressaltar que ambos os institutos, leniência e TCC vêm, teoricamente, para garantir a melhor investigação e combate a crimes econômicos com difícil coleta de provas, o que auxilia o Estado em seu papel de assegurador da ordem econômica. O Estado, alegando supostos benefícios que, de fato, são inverídicos, ao indivíduo que facilita a investigação, literalmente, através destes dois institutos, produz prova para garantir posterior condenação. Constata-se, então, que esta atitude do coautor do delito em TCC não impede que seja ele inserido no polo passivo de ação criminal juntamente com os demais autores da conduta anticoncorrencial que tenha delatado.

Antes da vigência da Lei nº 10.149/2000 que inseriu o Acordo de Leniência no texto da Lei nº 8.884/1994, a ideia de celebrar TCC era mais vantajosa, pois, não sendo possível a imunidade na esfera penal, no mínimo, o componente de cartel teria a opção de ver o processo administrativo que tramitava contra si suspenso e, até mesmo, arquivado quando cessado o período de investigação e cumpridos os requisitos impostos. Desse modo, antes da previsão da leniência – na qual a confissão de culpa é indispensável à concessão dos benefícios almejados pelo proponente –, a exigência de confissão de culpa, na hipótese de assinatura de TCC, era menos significativa.

Antes da reforma que resultou na entrada em vigor da nova Lei de Defesa da Concorrência, havia divergência entre a Secretaria de Direito Econômico, como órgão investigatório, e o CADE, com a função de instruir os processos e decidir. A primeira entendia ser indispensável a confissão de culpa em todos os casos de TCC “sob o argumento de que só assim seria possível preservar seus principais mecanismos de investigação, como o acordo de leniência”; já o CADE entendia que a exigência de confissão de culpa estava, em consonância com a previsão legal, subordinada aos seus critérios de conveniência e oportunidade<sup>207</sup>.

---

<sup>207</sup> DANTAS, Renata. **A confissão de culpa como requisito para a celebração de termo de compromisso de cessação de prática.** Revista Interesse Público – ano 13 – n. 66 – p. 114.



De fato, pode-se concluir que, após exame das opiniões divergentes esboçadas pelos dois órgãos de combate a atividades anticoncorrenciais, cada qual defende a hipótese em que garantirá para si maior poder. Neste contexto, a Secretaria de Direito Econômico traria, para sua competência, a decisão a respeito de exigência, ou não, de confissão de culpa no momento da celebração do Termo; o CADE, valendo-se do texto de lei em exercício de interpretação restritiva, traz, para si, o papel de reivindicar a confissão dos proponentes.

Em termos mais simples, caso seja adotado o entendimento da Secretaria de Direito Econômico antes mesmo de definir os requisitos da celebração do Termo, sendo feita a proposta pelo indivíduo envolvido em conduta cartelizadora e interessado em cessar sua atividade ilícita em troca de benefícios no procedimento administrativo, poder-se-ia estabelecer que a confissão de culpa seria imprescindível. Na segunda hipótese, a Secretaria não teria a atribuição de decidir isso e informar ao proponente mas, somente, teria poderes para firmar o Termo e coletar as provas, sendo a confissão de culpa submetida ao crivo do CADE.

Atualmente, conforme referência anterior, compete, à Superintendência-Geral – que, agora, compõe o chamado Super-CADE –, a função de produção de provas em investigações antitruste e cabe, ao Tribunal Administrativo, a decisão em casos mais complexos que não possam ser resolvidos, de plano, sem a abertura de investigação, bem como decidir, em última instância, todas as investigações antitruste. Não obstante componham um mesmo órgão que tem as funções de investigação e decisão concentrados em entes diferenciados mas, igualmente, subordinados ao Ministério da Justiça, a premissa que ensejou a divergência está diretamente vinculada ao desejo de aumento de competência de cada um deles. Sendo assim, a dissonância, entre ambos, ainda impera.

Em suma, inicialmente, antes das alterações promovidas pelas Leis nº 10.149/2000 e nº 11.482/2007, não havia divergência a respeito da imprescindibilidade de confissão de culpa, sendo, perfeitamente dispensável, a confissão para fins de celebração do TCC. Contudo, uma vez previstos os requisitos para o Acordo de Leniência, as autoridades antitruste entenderam que, já que era obrigatória a confissão de culpa para fins de leniência caso não se passasse a exigir o mesmo critério na hipótese do TCC, os proponentes teriam mais interesse em firmá-lo, tornando o Acordo de Leniência um instituto de segunda mão porque, supostamente, provocaria maior prejuízo ao proponente.

A partir de então, travou-se uma discussão entre os órgãos de proteção do mercado a respeito de a quem caberia a decisão quanto à exigência, ou não, de confissão para fins de celebração de TCC. Esta polêmica se transformou numa verdadeira luta de poder que desviou a atenção dos responsáveis pela estabilidade da economia de questões mais prementes.

Veja-se que foi ignorado, expressamente, o fato de que, na leniência, ao contrário do que acontece no TCC, existe extensão dos efeitos das garantias de imunidade e anistia para a esfera penal. Isto faz com que o leniente, teoricamente, por óbvio, – ignorando que existe a polêmica autorização de apresentação de denúncia contra ele sob o argumento de que quem teria legitimidade exclusiva para firmar acordos de delação premiada seria o Ministério Público<sup>208</sup> – jamais poderia compor o polo passivo de demanda criminal a respeito da atividade anticoncorrencial.

Pelo contrário, em se submetendo a TCC, os benefícios que englobam a possível imunidade do coautor se restringem ao âmbito do procedimento administrativo. Portanto, o instituto do TCC patrocina uma enorme ilegalidade exigindo o auxílio na coleta de provas, disponibilizando seu conteúdo no sítio do CADE e, passando a prescindir de confissão de culpa, o Termo viabiliza a investigação criminal posterior que, certamente, utilizará todos os elementos de prova coletados pelo suposto beneficiário da medida. Tal procedimento afronta a prerrogativa que todo indivíduo tem de não fazer prova contra si mesmo e ser considerado inocente até trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Imaginem-se quais os efeitos de um Membro do Ministério Público trazer, juntado à exordial acusatória, o TCC que, por si só, de certo modo, já funciona como elemento de convencimento no sentido de que o proponente tinha conhecimento da ilicitude de sua conduta e, justamente por isso, negociou com as autoridades antitruste fazendo, com a sua assinatura, a consequente confissão de culpa.

Com efeito, ambos os institutos, o TCC e a leniência – sobre a qual se discorrerá mais detidamente no próximo tópico – estão fadados ao insucesso em nosso ordenamento, pois, mais e mais componentes de cartel irão procurar profissionais habilitados e especializados em Direito Concorrencial que explicarão que, disfarçado de benefício para o

---

<sup>208</sup> SOARES, Rafael Junior. Op. cit.

proponente, está o verdadeiro beneficiário, ou seja, o próprio Estado que esgota dois problemas com uma única medida.

Toda a legislação antitruste e a criminalização das condutas consideradas fraudadoras da livre concorrência apontam para a legitimação do próprio Estado em aumentar seu poder perante o jurisdicionado, conforme exaustivamente tratado em pontos anteriores. Os institutos do TCC e do Acordo de Leniência, como estão previstos e como acontecem em nosso sistema jurídico, apenas fomentam essa hipertrofia de poder e, ainda mais, servem como espécie de fraude ao indivíduo que se sujeita a qualquer das medidas ora estudadas<sup>209</sup>.

De certo modo, criou-se um meio de favorecer as investigações frustradas do Poder Público quanto aos crimes de cartel – considerados de maior potencial lesivo à ordem econômica – usando, para tanto, a promessa de que se trata de meio de delação premiada no qual, em contrapartida às informações e auxílio prestados, será concedida imunidade (prêmio). No entanto, tal promessa não é verdadeira porque a aplicação dos institutos vem, gradativamente, levando-os ao fracasso, eis que ninguém, realmente, irá se expor fornecendo informações e entregando suas atividades anticoncorrenciais quando restar confirmado que os benefícios não se operam de forma plena, imediata e absoluta, sendo-lhes impostas diversas interpretações e condições.

Diante de todos os elementos ora colacionados, no que tange à legitimidade e eficiência de ambos os institutos, TCC e Acordo de Leniência, é possível, finalmente, introduzir as críticas que se pretende tecer neste trabalho. Partindo-se da premissa de que o processo é uma sequência de procedimentos alicerçados em uma base de direitos e garantias fundamentais, não se pode ignorar que, diante dos pressupostos do devido processo legal constitucional atrelados a argumentos formais e intimamente ligados a questões de burocracia interna dos órgãos antitruste, não estão sendo, devidamente implementados, os institutos no ordenamento jurídico nacional<sup>210</sup>.

#### **2.4.2. Combate a cartéis e Acordo de Leniência no Brasil – cartilha do Ministério da Justiça e aplicação do instituto no ordenamento brasileiro.**

---

<sup>209</sup> A respeito da necessária boa-fé na atuação do Estado Interventor, tratar-se-á no último tópico do terceiro capítulo desta Dissertação.

<sup>210</sup> Isso será devidamente explorado com maior acuidade no terceiro capítulo desta Dissertação.

Conforme já abordado anteriormente, o delito de cartel previsto no inciso I do artigo 4º da Lei nº 8.137/1967 também possui previsão como ilícito administrativo nos termos do inciso II do artigo 35 da mesma Lei. A previsão é consubstanciada na conduta antijurídica e é configurada pela reunião – coalizão – entre empresários de um mesmo ramo no sentido de fraudar a concorrência, usando, para tanto, acordos de preço que assegurem a estabilidade de seus negócios.

Viu-se também que pensado sob a perspectiva do sujeito envolvido na coalizão e, a partir da Teoria dos Jogos, o cartel pode ser pensado como um meio e não um fim, de modo que o indivíduo que ingressa na atividade cartelizadora, por vezes, tem nisso sua única opção já que, do contrário, poderia ser, ele mesmo, lesado pelo acordo firmado entre os demais indivíduos cooptados.

Com efeito, é perfeitamente compreensível se, pensado nos termos da Teoria dos Jogos, o ingresso e manutenção de um sujeito em atividades que prejudicam o mercado e os consumidores, tanto em uma perspectiva de defesa pessoal de seus negócios, já que ele também poderia ser prejudicado pelos demais componentes do cartel, quanto por não saber qual será a conduta dos demais componentes contra ou a favor de si, o cartel pode ser interpretado como uma espécie de legítima defesa antecipada<sup>211</sup>.

Diante da possibilidade de se ver boicotado pelos resultados do cartel, pensando-se sob a lógica humana de sobrevivência, é muito mais coerente, para o empresário, ingressar no cartel e garantir sua

---

<sup>211</sup> A legítima defesa antecipada é um conceito formulado a partir da excludente de ilicitude prevista no artigo 23, II e 25 do Código Penal. Basicamente, consiste na defesa de alguém que está a sofrer ameaça. Muito utilizada como defesa de casos de Júri, a legítima defesa antecipada se aplica, perfeitamente, ao caso do cartel, eis que o ingresso em atividade cartelizadora acaba por ser a única forma de o empresário garantir que seus negócios não serão lesados pelo acordo formulado entre os demais empresários do mesmo ramo. Nesta perspectiva, não existe, verdadeiramente, a opção de não ingressar na atividade ilícita, e participar do cartel é a única forma de defender sua atuação profissional. A força do cartel tanto é maior que a do Estado que foi instituída uma política no intuito de desmanchar cartéis com a ajuda dos próprios autores devido à natureza fraudulenta do crime. Assim, àqueles que acreditam que existe opção para o empresário, se ele avisar as autoridades antitruste, se tem a alertar que isto é uma falácia, já que, ao final, não será possível a devida comprovação da conduta.

manutenção e sucesso, para o que colaborarão os demais membros do acordo.

Para o Ministério da Justiça, o crime de cartel é tratado como a mais grave afronta à ordem econômica, não somente pelas consequências danosas a outros bens jurídicos metaindividuais como o direito do consumidor, mas, por se tratar de um ilícito que depende de séria organização para fins de seu cometimento. Por este motivo, os indivíduos que compõem cartéis fazem um ‘pacto’ de sigilo, reunindo-se, com frequência, para assegurar a manutenção da empreitada criminosa e tendo como pressuposto seu caráter secreto, o que o torna um delito de difícil comprovação.

Devido ao caráter de dificuldade de comprovação deste ilícito, foi implementado, em nosso ordenamento, a partir da Lei nº 8.884/1994 e inserido no texto do mencionado diploma pela Lei nº 10.149/2000, o chamado Acordo de Leniência que consiste em hipótese de delação premiada específica para o âmbito do Direito Concorrencial. Seu sucesso, em outros sistemas, é constatado porque a dificuldade de se obter provas capazes de fundamentar um decreto condenatório – seja de natureza administrativa, seja penal – é compensada pelo auxílio dos próprios cartelizadores que, para poderem desfrutar dos benefícios concedidos pelo acordo firmado com o Poder Público, devem colaborar na obtenção de provas convincentes da atividade criminosa ainda executada pelos demais coautores.

O primeiro Acordo de Leniência firmado no Brasil se deu no estado do Rio Grande do Sul<sup>212</sup>, entre uma empresa de segurança

---

<sup>212</sup> Transcreve-se a ementa do acórdão do Tribunal Administrativo, membro integrante do CADE a quem cabe a decisão final a título de concessão de leniência: PROCESSO ADMINISTRATIVO. CARTEL EM SERVIÇOS DE VIGILÂNCIA PRIVADA PARA LICITAÇÕES NO RS. ACORDO DE LENIÊNCIA. PROVAS CONCRETAS. GRAVAÇÕES TELEFÔNICAS. DOCUMENTOS APREENDIDOS. CONDENAÇÃO DAS REPRESENTADAS E SEUS DIRIGENTES. PENAS DE MULTA, PROIBIÇÃO DE LICITAR E CONTRATAR. PUBLICAÇÃO EM JORNAL. BENEFÍCIOS DO ACORDO CONCEDIDOS. I. Processo Administrativo para apurar a ocorrência de conluio entre empresas prestadoras de serviços de vigilância no Estado do Rio Grande do Sul, para atuar em licitações públicas e privadas. II. Empresa ANTARES e Srs. Rubem Orelí e Alexandre Luzardo celebraram com a União, em 2003, o primeiro Acordo de Leniência do SBDC. III. Mercados relevantes: licitações de serviços de vigilância privada no Rio Grande do Sul bem como cada uma das licitações objeto de investigação. IV. Presença de características que propiciam a cartelização, como barreiras à

privada e a autoridade antitruste. Tratava-se de organização criminosa composta por vinte e uma empresas, três entidades e trinta pessoas físicas no intuito de fraudar licitações públicas.

Basicamente, o cartel composto pelas empresas de segurança no Rio Grande do Sul funcionava da seguinte maneira<sup>213</sup>: as empresas organizadas para fraudar licitações decidiam, antes da ocorrência do certame, quem iria vencê-lo naquela oportunidade. Para definir os moldes do acordo, reuniam-se todas as segundas-feiras na sede do

---

entrada, número reduzido de agente, homogeneidade do serviço e presença de sindicatos. V. Processo Administrativo Regular. Assegurados contraditório e ampla defesa. Produção de provas regular. Ampla Jurisprudência do STF e STJ. VI. As provas concretas de gravações telefônicas e documentos apreendidos em busca e apreensão comprovam cartel. VII. Empresas ofertavam seus serviços de modo concertado, combinando entre si quem ganharia cada licitação, praticando preços predatórios sempre que nova empresa tentasse desestabilizar o cartel e oferecendo seus serviços a preços inferiores ao valor concertado. Série de licitações analisadas com evidência econômicas. VIII. Colaboração por parte dos Sindicatos Patronal e dos Empregados, através da imposição de notificações trabalhistas. Liderança da conduta por parte das empresas REAÇÃO, ROTASUL, EPAVI, PROTEGE e ASSEVIRGS por meio de seus dirigentes. Comprovada intenção dos agentes e a produção dos efeitos de falseamento completo do processo competitivo. Efeitos do art. 20, I, da Lei 8.884/94. Configurada infração à ordem econômica. IX. Conduta das empresas e pessoas físicas enquadradas no art. 21, inc. I e VIII, da Lei, de fixação concertada de preços de prestação de serviços. Condutas dos sindicatos e associação configuradas no art. 21, inc. II, de obtenção e influência na adoção de conduta comercial uniforme ou concertada. X. Absolvção de VIGITEC; PATRULHENSE; ANGRA; JM GUIMARÃES e ASGARRAS e seus dirigentes por ausência de provas. Participação das pessoas físicas. Condenação dos dirigentes. Absolvção de empregados e familiares e do secretário-geral do sindicato dos vigilantes. XI. Imposição de multa às representadas e às pessoas físicas. Requisitos do art. 27 da Lei. Pena-base pessoa jurídica definida em 15% do faturamento. Fundamento no art. 23, I. Pena base pessoa física definida em 15% da multa da pessoa jurídica. Fundamento no art. 23, II. Agravante de liderança do cartel. Penalidades dos sindicatos fundadas no art. 23, III. XII. Proibição de contratação com instituições financeiras oficiais e de participação em licitações. Publicação em jornal do conteúdo da decisão. XIII. Aplicação integral dos benefícios com extinção da ação punitiva para Vigilância Antares e Rubem Oreli.

<sup>213</sup> VIEIRA, Caroline Sanselme. **O primeiro acordo de leniência firmado no Brasil**. Revista de Direito Internacional e Econômico – v. 2 – n. 11 – abril/junho de 2005.

sindicato da classe, onde consignavam quem iria apresentar preços acima do admitido para as concorrências públicas, bem como qual empresa iria deixar de juntar, propositalmente, documentos indispensáveis à sua qualificação para o certame naquela oportunidade, a fim de restar inabilitada.

O Acordo de Leniência decorrente dessa colusão aconteceu em 08 de outubro de 2003, quando, sequer, existia apuração administrativa pela Secretaria de Direito Econômico<sup>214</sup>, mas, tão somente, investigações preliminares a respeito do ilícito o que incentivou uma das empresas envolvidas na prática anticoncorrencial a delatar a atividade dos demais coautores. Com a precocidade da delação, antes mesmo de instauração de procedimento administrativo para sua configuração, os lenientes obtiveram todas as imunidades concedidas após o transcurso do prazo de investigação.

O Ministério Público Federal e o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul também assinaram o Acordo, qualificados como intervenientes, para evitar, pontualmente, que problemas como o que está sendo tratado nesta dissertação – a posterior proposição de ação penal em face do leniente – se tornasse óbice ao sucesso da medida.

Para ratificar a importância do combate aos cartéis, em função de sua classificação como crime de grande potencial ofensivo, o Ministério da Justiça criou a cartilha de combate a cartéis e Acordo de Leniência que veio para legitimar o instituto definitivamente e trazê-lo a público, objetivando torná-lo conhecido dos leigos para que, automaticamente, fosse aumentando sua frequência.

#### **2.4.2.1. Cartilha de Combate a Cartéis e Acordo de Leniência**

---

<sup>214</sup> “No curso das investigações, a SEAE já investigou 14 licitações de serviços de segurança realizadas em Órgãos do Ministério da Fazenda sediados no Rio Grande do Sul e, segundo informações públicas, haveria suspeita de fraude em quase todas. Em 13 das 14 concorrências, as empresas foram desclassificadas por apresentarem preços superiores ao permitido pelo edital. Em todas as inabilitações, nenhum recurso foi apresentado. As supostas irregularidades coincidem com as descrições dos delatores sobre a forma de atuação do grupo. Em vista das fortes evidências de prática de infração à ordem econômica, a SDE decidiu pela abertura do processo administrativo para melhor apurar os fatos”. Op. cit. p. 92

A Cartilha de Combate a Cartéis e Acordo de Leniência<sup>215</sup> traz uma proposta lúdica e clara ao tratar tanto do cartel quanto da leniência. Assim, qualquer pessoa pode – ou deveria poder – compreender sua mensagem e, até mesmo, identificar quem está inserido em atividade ilícita anticoncorrencial, pois, por vezes, o empresário sequer conhece as consequências legais da colusão feita. A Cartilha é introduzida com conceitos básicos como a legislação pertinente à defesa da concorrência, bem como explica quais são as autoridades com a função de defesa da concorrência. Aduz também que as polícias – civil e federal – têm a função de investigar crimes de cartel, em consonância com o disposto na Lei nº 8.137/1990 na qual está elencado o rol dos crimes contra a ordem econômica.

O crime de cartel é colocado como a mais grave lesão à concorrência porque, segundo o texto da Cartilha, os cartéis “prejudicam seriamente os consumidores ao aumentar preços e restringir a oferta, tornando os bens e serviços mais caros ou indisponíveis”<sup>216</sup>. Em outras palavras, a gravidade do cartel se encontra, principalmente, no fato de que os acordos firmados entre empresários do mesmo ramo, normalmente, preveem unificação de preços, característica mais marcante do ilícito. Assim, excluída qualquer forma de concorrência, as empresas não precisam mais se esforçar para prestar um bom serviço aos consumidores. Além disso, provocam aumento significativo na matéria prima, pois funciona como uma espécie de ‘efeito dominó’ levando todos os ramos envolvidos a sucumbir e aproveitar a ausência de concorrência para se acomodarem<sup>217</sup>.

O aumento de preço gerado pelo crime de cartel fica entre dez e vinte por cento a mais sobre o valor normal de mercado, representando

---

<sup>215</sup> Cartilha de Combate a Cartéis e Acordo de Leniência – Fonte [http://www.cade.gov.br/upload/Cartilha%20Leniencia%20SDE\\_CADE.pdf](http://www.cade.gov.br/upload/Cartilha%20Leniencia%20SDE_CADE.pdf). Acesso em 28 de maio de 2013.

<sup>216</sup> Op. cit.

<sup>217</sup> “O poder de um cartel de limitar artificialmente a concorrência traz prejuízos também à inovação, por impedir que outros concorrentes aprimorem seus processos produtivos e lancem novos e melhores produtos no mercado. Isso resulta em perda de bem-estar do consumidor e, no longo prazo, perda da competitividade da economia como um todo. Segundo a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE, 2002), os cartéis geram um sobrepreço estimado entre 10 e 20% comparado ao preço em um mercado competitivo, causando perdas anuais de centenas de bilhões de reais aos consumidores”. *Idem ibidem*.



sério risco ao acesso aos bens de consumo, pois, limita o público capaz de participar da movimentação da economia. Consequentemente, gera gravame também ao próprio Estado, pois a redução de negociações mercadológicas prejudica o interesse de empresas internacionais em se fixarem em território nacional<sup>218</sup>. Uma boa economia atrairá empresas de grande porte que colaborarão para o aumento de riqueza do país, logo, como já se afirmou, o déficit de participação da população em atividades mercadológicas significará a redução do atrativo, às multinacionais, de se estabelecerem no Brasil.

Somente se destaca isso para demonstrar que existe, na Cartilha, uma preocupação concreta e clara com o bem estar do consumidor e seus direitos considerados metaindividuais. Para além disso, porém, de forma subliminar, há uma apreensão do Estado consigo mesmo, com sua estabilidade econômica perante o novo paradigma global.

O Acordo de Leniência aparece já nas primeiras linhas da Cartilha, sendo identificado sob o título Métodos Alternativos de Persecução e Punição dos Crimes de Cartel, juntamente com a busca e apreensão – chamadas, no âmbito do Direito Concorrencial de *dawn raids*. Explica que, em 2003, foi firmado, no Brasil, o primeiro Acordo de Leniência, acima destacado. Registra, também, sob uma perspectiva internacional, que o país atuou juntamente à *Federal Bureau Investigation* (FBI) no desmanche de cartel internacional em fevereiro de 2009.

Com a importância que o crime de cartel adquiriu em virtude da proporção que os prejuízos, supostamente, podem ocasionar, em 2008, foi editado Decreto Presidencial que definiu o dia 08 de outubro como o Dia Nacional de Combate a Cartéis com o objetivo de reforçar a importância da condenação dos indivíduos que o cometem e, naturalmente, influenciá-los a negociar com o Poder Público por meio de Acordos de Leniência e TCCs.

Outra preocupação da Cartilha, no sentido de legitimar o instituto, é aduzir que o Programa de Leniência Brasileiro vem recebendo destaque no cenário internacional pela sua “consolidação e crescimento”, merecendo especial atenção de autoridades como o

---

<sup>218</sup> BALCHERIENI, Ana Carla. **Defesa comercial**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

Departamento de Justiça dos Estados Unidos – mentor da ideia do Acordo de Leniência como foi concebido<sup>219</sup>.

Para tornar a discussão a respeito dos temas mais elucidativa e de fácil compreensão a qualquer cidadão, foram confeccionados diversos quadros explicativos, nos quais são identificados cartéis internacionais importantes que foram solucionados por meio do Acordo de Leniência, como o cartel das vitaminas, que incluía as nove maiores empresas fabricantes de vitaminas do mundo, incluindo a *Aventis S.A.* e a *F. Hoffman-La Roche AG*<sup>220</sup>. Nessa oportunidade a *Rhone-Poulenc*, atual *Aventis S.A.*, delatou todo o esquema organizado para a fraude à concorrência e recebeu imunidade penal e administrativa perante a União Européia, valendo-se do Acordo de Leniência para tanto.

Exemplo de cartel que é mencionado pela Cartilha é o das britas, um dos principais crimes dessa natureza que foi desmanchado pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência em 2002. Tudo começou com o recebimento de uma denúncia a respeito de suposta organização de empresas produtoras de pedra britada na Região Metropolitana de São Paulo, insumo indispensável à indústria da construção civil. As empresas estavam em colusão para fixar presos e restringir mercado utilizando “*software* sofisticado para direcionar as vendas e fiscalizar o cumprimento do acordo” revela a Cartilha.

Desse modo, resta comprovado que as empresas envolvidas em atividade cartelizadora possuem todos os meios necessários para manter

---

<sup>219</sup> “Os avanços do Programa Brasileiro de Combate a Cartéis são reconhecidos internacionalmente, sendo que, em março de 2009, o Departamento de Justiça dos Estados Unidos afirmou que o Brasil é o país que mais tem se destacado nos últimos anos, pelo crescimento e consolidação de seu programa. Avaliações internacionais – como o da Global Competition Review – consideram o programa brasileiro como o que mais cresceu no mundo, servindo de exemplo para outros países”. Op. cit. p. 7.

<sup>220</sup> “O cartel foi descoberto porque um de seus participantes, a empresa RhonePoulenc (atual Aventis), confessou a prática às autoridades norte-americanas e européias e colaborou com as investigações em troca de imunidade. Como resultado da investigação, o Departamento de Justiça dos Estados Unidos fez acordos com as investigadas F. Hoffman-La Roche e BASF, que resultaram na confissão da prática por tais empresas e no pagamento de, respectivamente, US\$ 500 milhões e US\$ 225 milhões de multa. Houve também prisão de executivos envolvidos. Na mesma linha, em 2001, a Comissão Européia multou participantes do cartel em mais de € 850 milhões, multa recorde à época, sendo que a Rhone-Poulenc recebeu imunidade administrativa por ter confessado a prática no âmbito do Programa de Leniência”. *Idem ibidem*.

suas atividades ilícitas em sigilo, haja vista que as produtoras de pedra britada que compuseram o cartel das britas desenvolveram *software* exclusivamente para administrar a conduta ilícita com maior segurança para que não fossem descobertos, o que corrobora a dificuldade de coleta de provas capazes de ensejar uma condenação válida no âmbito desse ilícito concorrencial.

Pelos cálculos feitos pelas autoridades antitruste, restou estabelecido o valor de R\$80.000.000 (oitenta milhões de reais) a título de prejuízo causado ao mercado nacional pelo cartel das britas apenas entre os anos de 2000 e 2003.

Diante da proporção dos prejuízos ocasionados pela conduta cartelizadora neste caso, foi fixada multa calculada sobre o valor do faturamento bruto anual das empresas, sem os descontos de imposto de renda e demais tributos, variando em percentuais de quinze a vinte por cento, dependendo do grau de envolvimento de cada qual, tendo sido as decisões administrativas ratificadas no âmbito do Poder Judiciário. Este caso também resultou em processos criminais, tendo alguns sido encerrados com acordos feitos com o Ministério Público Estadual, fixando multas e exigências aos componentes, como comparecimento periódico perante a Autoridade Judiciária para atestar que não fazem parte de nova coalizão a fim de fraudar a livre concorrência.

A Cartilha também esclarece que o cartel pode ser punido nas duas vias, administrativa – por meio da fixação de multa proporcional à gravidade e tempo de manutenção da atividade anticompetitiva –, e penal – esta regulamentada pela Lei nº 8.137/1990, reformada pela Lei n. 12.529/2011, prevendo penas entre dois e cinco anos, cumuladas com multa. Importante deixar claro que a punição por meio do Poder Público, nas instâncias mencionadas, não prejudica o ajuizamento de ações de ressarcimento pelos prejuízos civis sofridos pelos consumidores e, além disso, com efeito, há consequências diretas no âmbito processual penal. Entretanto, o Acordo não assegura imunidade em face dos particulares que tenham se sentido diretamente lesados pela atividade anticompetitiva.

Após coletar todos os dados referentes às consequências de participar de cartel, a cartilha passa ao tema leniência propriamente dito, destacando sua importância como método alternativo de investigação dos crimes de cartel por se tratarem de ilícitos de difícil comprovação. Para tanto, faz uso da delação dos próprios componentes do cartel para fins de adquirir elementos de convicção suficientes para ensejar persecução administrativa e, posteriormente, a investigação criminal.

Neste ponto, entende-se que a Cartilha falhou ao indicar que a principal função da leniência é coletar provas em função da dificuldade de configuração do cartel, pois, de certo modo, está indicando para indivíduos que componham cartéis que o instituto veio possibilitar o processamento de condutas anticoncorrencias valendo-se, exclusivamente, das palavras de seus autores. Com esta colocação, o Poder Público, praticamente, assume que, do contrário, as autoridades antitruste e as polícias jamais conseguiriam obter provas coerentes, tornando o instituto mais vantajoso para o próprio Estado que para o potencial leniente. Portanto, é atraente, para o Estado, que seja celebrado o Acordo de Leniência, pois, caso contrário, não há segurança de que o próprio Estado logre êxito em punir os membros do cartel. Se o Estado admite que a única forma de desmanchar cartéis seja por meios das provas trazidas pelos próprios componentes da conduta, isto não torna o Programa realmente atraente. Se assim é, qual motivo levaria o indivíduo envolvido em cartel a se arriscar em delatar a atividade ilícita, já que o Estado admite sua insuficiência funcional em resolver essa espécie de crime?

Tentando inverter essa afirmação, na Cartilha, são elencados casos de cartel e suas consequências aos sujeitos que foram efetivamente descobertos, processados e condenados. No entanto, constata-se que a narrativa de três ou quatro casos de cartel em que o papel do Estado restou devidamente cumprido, não necessariamente confirma a sua posição de eficiência concreta. Assim, fica evidente que descrever casos em que as investigações foram bem-sucedidas e que os autores do crime restaram condenados a sanções evidentemente severas, apenas confirma a sua excepcionalidade, pois, do contrário, não haveria um rol reduzido de casos para serem narrados, mas, sim, como se verifica nos sítios da União Europeia e Estados Unidos, haveria uma listagem considerável de casos de cartel, como seu deu sua persecução e quais as penas que incidiram em cada caso concreto.

Com efeito, de certo modo, o Ministério da Justiça não introduziu bem o tema leniência, ou, pelo menos, o fez fundado em premissas muito frágeis que colocam o sujeito envolvido em atividade antitruste em vantagem perante o Estado porque, de fato, se encontra participando de um ilícito tão organizado que, somente, pode ser descoberto com a ajuda dos próprios cartelizadores.

O Acordo tem que parecer a única forma de se isentar das graves responsabilidades que serão apontadas caso o indivíduo seja flagrado na conduta. Assim, entende-se que, neste ponto, não foi adequada a

previsão da Cartilha pois, deixou os componentes de cartel em posição de autoridade por atuarem em um crime impossível de ser detectado<sup>221</sup>.

A Cartilha, não obstante seja um veículo importante de divulgação do Acordo de Leniência, se presta, apenas, a reiterar os requisitos à sua concessão que são impostos pelo texto da Lei nº 12.529/2011, o qual é apresentado de forma lacônica e com explicações vagas. Ademais, não assegura a certeza do benefício, pois não é deixado evidente em que se consubstancia, a atuação suficiente do leniente, para fins de obtenção das imunidades, ampliando o poder discricionários das autoridades antitruste.

#### **2.4.2.2. Requisitos para a concessão do Acordo de Leniência e sua previsão na nova Lei de Defesa da Concorrência**

O Programa de Leniência foi, originalmente, inserido no ordenamento brasileiro pela Lei nº 10.149/2000 que inseriu o artigo 35-B à recentemente revogada Lei nº 8.884/1994. Indicava o dispositivo que a União, por meio da Secretaria de Direito Econômico, poderia firmar Acordos de Leniência que repercutiriam em extinção da punibilidade em âmbito penal e imunidade no administrativo. Os requisitos impostos pela Lei nº 8.884/1994 eram muito semelhantes aos requisitos que, atualmente, são elencados pelo artigo 86 da nova Lei de Defesa da Concorrência que estabelece ser indispensável, à concretização do Acordo e posterior benefícios, que o leniente tenha sido o primeiro a se candidatar, que identifique os demais coautores – aí a natureza de delação premiada –, que cesse, imediatamente, sua participação na conduta ilícita e não tenha sido mentor da ação

---

<sup>221</sup> O único caso destacado pela Cartilha em que houve Acordo de Leniência bem sucedido foi justamente no cartel das empresas de segurança privada do Rio Grande do Sul, e se constatou que seu sucesso se deu porque já havia lastro probatório mínimo eis que a investigação em âmbito administrativo se encontrava relativamente adiantada. Assim, mesmo que tenha sido admitido pelos órgãos antitruste que ainda não existiam elementos suficientes para a efetiva deflagração de procedimento administrativo, a sua potencial ocorrência já foi suficiente para motivar a iniciativa do leniente naquela ocasião. Neste caso, o Estado mostrou poder investigatório concreto, não se ateve, tão somente, a aduzir que, sem o Acordo, não teria concretizado a investigação, mas, sim, indicou todos os benefícios obtidos pelo leniente que deve ser o principal interessado na medida.

anticoncorrencial nem cooptado outras empresas para participarem do cartel (não tenha tido papel de liderança).

A principal alteração trazida pela Lei nº 12.529/2011 foi o deslocamento de competência da Secretaria de Direito Econômico que, como já explanado, não mais existe, tendo sido substituída pela Superintendência-Geral em suas atividades.

Basicamente, será apresentada uma proposta pelo leniente, preenchendo-se uma ficha que pode ser encontrada no próprio site do CADE<sup>222</sup>. Acessando o *link* Programa de Leniência, o candidato poderá conhecer o instituto através de um breve introito a respeito de sua inserção no ordenamento brasileiro.

No *link*, as informações foram um pouco mais adequadas que na Cartilha. A disposição a respeito da utilidade do Acordo de Leniência, realmente, faz parecer que se trata de instituto que favorece mais o candidato que o Poder Público, limitando-se a explicar que se trata de um meio pelo qual o membro de conduta cartelizadora poderá obter imunidade penal e administrativa, ou redução da penalidade imposta, caso firme o Acordo com o CADE por meio da Superintendência-Geral,

Qualquer um pode se candidatar à leniência e assinar o Acordo. Contudo, para que faça jus às imunidades oferecidas deve, atualmente, cumprir os seguintes requisitos: a) cessar imediatamente a conduta ilícita<sup>223</sup>; b) ser o primeiro a delatar a conduta ilícita<sup>224</sup>; c) é

---

<sup>222</sup> Fonte: <http://www.cade.gov.br/>. Acesso em 15 de maio de 2013.

<sup>223</sup> Em alguns ordenamentos, é possível que a autoridade antitruste requeira ao leniente que permaneça na prática delituosa para não levantar suspeitas e facilitar a obtenção das provas em decorrência da proximidade. Sobre o assunto, destaca-se a lição de MAÍRA BEUCHAMP SALOMI: “Uma outra preocupação do legislador é a cessação da atividade ilícita por parte do leniente, não sendo possível a celebração do acordo enquanto o participante continuar envolvido no conluio. Este requisito torna-se óbvio quando analisado à luz da finalidade precípua do acordo de leniência, qual seja, o combate à prática cartelizadora. Sob esta óptica, é importante lembrar que, em alguns países, como a França, o programa de leniência prevê a possibilidade de a autoridade antitruste solicitar ao delator que continue seu envolvimento no cartel, sem alertar os demais membros, a fim de obter, com o sigilo das investigações, provas inequívocas sobre a prática delituosa”. In **O acordo de leniência e seus reflexos penais**. Dissertação apresentada na Universidade de São Paulo – USP.

<sup>224</sup> Para assegurar que, apenas, o primeiro candidato seja beneficiado pelo Acordo de Leniência foi instituído um sistema de senhas – chamado *marker system* – que controla a ordem em que cada leniente procurou as autoridades antitruste para delatar a conduta ilícita. Isso se presta a assegurar uma

indispensável a confissão de culpa pelo leniente, tema já amplamente debatido no tópico referente ao TCC; d) cooperar para a produção de provas suficientes a ensejar o procedimento administrativo, bem como possibilitar a identificação dos demais membros do cartel e, e) que o proponente não tenha sido mentor nem líder da colusão ilícita<sup>225</sup>.

---

competição entre os componentes do cartel em buscar a Superintendência-Geral para ser o primeiro e, conseqüentemente, obter as imunidades concedidas. Pode-se informar, também, a respeito do sistema de senhas no *site* do Conselho Administrativo de Defesa Econômica: “**Sistema de “Senhas” (“Marker”)**: O interessado pode “reservar o seu lugar na fila” na condição de que ele apresente as informações e documentos requisitados pela Superintendência-Geral em, no máximo, 30 dias. Para garantir a senha, o interessado deve apresentar dados, ainda que parciais, sobre “O que?”, “Quem”, “Onde” e “Quando”. Com o *marker* o interessado em compor leniência com o CADE pode assegurar que não seja passado para trás. Por óbvio, é imposto um prazo máximo à decisão do candidato a respeito de se irá ou, não, concluir o procedimento e firmar o Acordo em trinta dias, após os quais se passa ao próximo da ‘fila’ a prerrogativa de negociar com o Poder Público.

<sup>225</sup> Esse requisito é de suma importância, pois, nas palavras de ANDRÉ MACIEL VARGAS DOS SANTOS. do contrário “o Estado estaria, assim, abrindo uma via ‘alternativa’ para o empreendimento ilícito, estando o infrator sempre certo de que, ao sinal de perigo, se socorreria do próprio ente repressor para lhe abrandar as conseqüências de seu ato. O acordo de leniência volta-se, portanto, a coparticipes os quais, em verdade, agem como peças de uma engrenagem nociva à ordem econômica. Abre-se mão da repressão a essa espécie de infrator para dismantlar todo o aparato criminoso, buscando-se a origem intelectual da organização”. Essa previsão está muito ligada à teoria do Domínio do Fato Criminoso que defende a repressão do indivíduo que possui domínio do ilícito, aquele que decidiu executá-lo e que poderia cessá-lo. Muito utilizada em caso de organizações criminosas, essa teoria se encaixa, perfeitamente, ao caso do Acordo de Leniência, principalmente, ao se pensar no instituto sob a óptica da Teoria dos Jogos sobre a qual já se tratou nas primeiras linhas deste trabalho. O que se denota é que, submetido às forças de mercado, por vezes, o indivíduo cooptado a compor a conduta cartelizadora não teria outra opção que não sucumbir, pois não teria êxito em manter seus negócios ativos se houvesse grupo de empresários do mesmo ramo organizados a fim de dominar o mercado. Para o empresário cooptado, não participar da colusão significa ser excluído do mercado consumidor e, conseqüentemente, falir seus negócios. Sobre o domínio do fato, insta transcrever a lição de ROGER AUGUSTO FRAGATA MORCELLI: “Nos dias de hoje, grande importância é dada à pessoa do mandante do crime, pois se trata na verdade do responsável direto da idéia incutida na cabeça do executor do fato tido como típico”. Fonte

Indispensável para que seja possibilitado o Acordo que, no momento da apresentação da proposta à Superintendência-Geral, ainda não tenha provas suficientes para deflagrar o procedimento administrativo, conforme ocorreu no caso do cartel das empresas de segurança privada no Rio Grande do Sul. Conforme aduzido anteriormente, previamente à aprovação da proposta, a então competente Secretaria de Direito Econômico se informou a respeito se havia ou, não, provas para motivar a instauração do procedimento administrativo. Diante da resposta negativa do órgão de investigação preliminar da Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Justiça, o Acordo foi, então, assinado com a empresa delatora que, após cumprir todos os requisitos ora destacados, mereceu imunidade administrativa e penal absoluta.

Caso o indivíduo não seja o primeiro a se candidatar à leniência, ou não cumpra qualquer dos outros requisitos impostos, poderá participar da chamada *Leniência Plus* que consiste na delação de outro cartel sobre o qual a Superintendência ainda não tenha, sequer, conhecimento, tendo, como resultado, a obtenção de todos os benefícios em relação à segunda conduta relatada e redução da punição da primeira.

O *Leniência Plus* serve para aumentar o espectro de erradicação do crime de cartel, já que a função precípua do Programa de Leniência é, pontualmente, combater os delitos dessa natureza<sup>226</sup>. Para tanto, o candidato que não estiver apto à concessão da leniência em função de não preencher qualquer dos requisitos postos pode receber benefícios quanto a esse fato ilícito, e ainda ser imunizado se delatar outro caso de cartel do qual tenha conhecimento. Assim, concedendo maiores benfeitorias aos candidatos à leniência, o CADE aumentou, exponencialmente, sua capacidade de desmanchar cartéis e assegurar a estabilidade da economia nacional. Retoma-se que o sucesso da medida vem, diretamente, ligado à proporção da melhoria da situação jurídica do leniente, pois, somente assim, haveria interesse concreto por parte do candidato em delatar não só uma mas duas atividades anticompetitivas.

A proposta também pode ser feita de forma oral em contato telefônico com o gabinete da Superintendência-Geral em Brasília,

---

<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/TeoriaDominio.pdf>.

Acesso em 29 de maio de 2013.

<sup>226</sup> SALOMI, Maíra Beuchamp. **O acordo de leniência e seus reflexos penais**. São Paulo: 2012.



através do qual, também, será possível requerer o *marker*, assegurando sua preferência na assinatura do Acordo. Após ter sido apresentada a proposta oral pelo candidato a leniente, a Superintendência elaborará um termo único que deve ser guardado e preservado pelo leniente. Além de facilitar o procedimento do Acordo, o *link* do CADE que instrui sobre a leniência possibilita acesso a toda a legislação pertinente a respeito do Acordo de Leniência através de atalho encontrado na parte inferior da página da Internet.

Por fim, insta destacar que a imunidade concedida poderá ser total ou parcial a depender do nível de envolvimento do leniente e do momento em que foi oferecida a proposta. Se esta restar apresentada, antes mesmo de serem iniciadas investigações pelo CADE, as imunidades, tanto penal quanto administrativa, serão totais. Caso a autoridade antitruste já tenha tido conhecimento da conduta, mas ainda não tenha obtido provas suficientes à deflagração de procedimento administrativo investigatório, as imunidades serão concedidas na proporção de um a dois terços da penalidade aplicável; aqui, a depender, também, se as informações fornecidas pelo leniente foram decisivas para a resolução do caso.

O procedimento para a concessão do Acordo de Leniência veio previsto, inicialmente, na Portaria 456 do Ministério da Justiça, de 15 de março de 2010, sobre a qual se já discorreu a respeito no primeiro tópico deste capítulo. Este inicia, portanto, com a observação a respeito do preenchimento dos requisitos para a habilitação no Programa, sendo possíveis proponentes pessoas físicas ou jurídicas envolvidas de algum modo em atividade cartelizadora. Importante esclarecer que os benefícios ao leniente serão estendidos aos diretores, administradores e demais funcionários envolvidos na conduta delituosa. Observada a possibilidade de habilitação, passa-se ao preenchimento dos requisitos indispensáveis à celebração do Acordo já dantes explanados.

Assim, a proposta é oferecida, atualmente, à Superintendência-Geral que, constando não possuir provas suficientes para a deflagração de procedimento administrativo, autoriza a concessão da medida. Caberá ao Tribunal Administrativo – como órgão máximo do CADE – decidir a respeito do preenchimento dos requisitos para a concessão das imunidades, bem como determinar em que proporção elas serão concedidas.

Consideração importante a se fazer versa sobre a extensão dos benefícios concedidos à empresa proponente para seus diretores, administradores e funcionários que estejam, de alguma forma,

envolvidos na atividade de coalizão. Já que é pressuposto para aceitação da proposta que ela parta do sujeito envolvido com o intuito de desmanchar o cartel e não se trate de mera confissão espontânea subjetiva, necessariamente, todas as imunidades atribuídas à empresa – que, certamente, serão prestações pecuniárias – deverão aproveitar às pessoas físicas envolvidas na atividade ilícita. Isto ocorre porque a pena corporal seria cumprida pelo responsável pela empresa já que inexistente a previsão de responsabilidade penal pela pessoa jurídica na hipótese de crimes contra a ordem econômica.

Na hipótese de o Acordo proposto não ser aceito pela Superintendência-Geral, a confissão não versará sobre elementos de fato nem reconhecimento da ilicitude da conduta. Sobre este aspecto, é relevante retomar, brevemente, as considerações tecidas quando se abordou o TCC.

Mesmo que a lei preveja, expressamente, que a confissão em âmbito administrativo para fins de oferecimento de proposta de Acordo não importará reflexos penais, na prática, essa separação é um pouco mais complicada, eis que não existe previsão expressa de vedação de acesso aos documentos preenchidos pelo candidato no momento da apresentação da proposta. Assim, teoricamente, ou, pelo menos, até que seja imposta previsão específica proibindo tal acesso, o Ministério Público poderá requisitar a disponibilidade desses documentos, determinação que será feita por meio de decisão judicial fundamentada que, sendo contrariada, repercute em desobediência.

Da mesma forma, a Portaria 456/2010 indica, em seu artigo 74, que a identidade do proponente será preservada da ciência do público apenas até o julgamento pelo CADE que tem, atualmente, suas funções cumpridas pelo Tribunal Administrativo. Veja-se que não há qualquer previsão a respeito da confidencialidade da admissão de culpa perante outros órgãos que componham a Administração Pública, logo, o acesso do Ministério Público, aos autos, é total e absoluto.

De fato, o que se denota é que esse caráter confidencial tem certa fragilidade – ou melhor, relatividade – pois se encontra encoberto por uma série de exceções que acabam por convertê-lo em informação de ciência pública de uma forma ou de outra. Se o sigilo se presta a proteger o sujeito que delata a conduta de boicote mercadológico, uma vez vindo a público a notícia de sua proposta após o julgamento pelo Tribunal Administrativo, nada impede que, então, seja ele hostilizado no seu ramo de negócios pelos demais componentes do cartel que restaram punidos justamente pela sua iniciativa em delatá-los.

Assim, ambos, o sigilo e a confidencialidade, são relativos, tanto na assinatura de TCC quanto na assinatura de Acordo de Leniência. O gravame, com relação ao Programa de Leniência, está na exigência de confissão de culpa que, também, somente será protegida de maneira relativa restando, assim, de qualquer forma, prejuízo ao signatário do Acordo. Não basta a manutenção das informações em caráter secreto apenas enquanto perdurar o inquérito administrativo, deve, este caráter secreto, ser perpétuo e não estar sujeito à relativização uma vez julgada a medida. O fato de o CADE ter encerrado o procedimento e punido os demais responsáveis isentando, o signatário do Acordo, de sanções, não o libera da culpa confessada que poderá ser utilizada pelo Ministério Público devido à independência de instâncias já defendida pela jurisprudência nacional majoritária.

O argumento utilizado pelo Ministério Público é o de que a proibição em apresentar os documentos e o Acordo aos demais envolvidos no cartel prejudicaria seu exercício ao contraditório. Isto é lógico já que o contraditório é requisito indispensável à higidez do procedimento administrativo assim como do processo judicial, caso contrário, repercutirá em nulidade do feito. Tal justificativa é difícil de contestar, eis que as premissas deste trabalho estão fulcradas, especialmente, na necessidade da observância das garantias fundamentais do indivíduo para fins de exercício adequado do devido processo legal, à qual estão submetidos, também, os procedimentos administrativos por expressa previsão constitucional.

No entanto, se de um lado o direito ao contraditório dos empresários delatados resta prejudicado pelo sigilo absoluto, de outro, tem-se a fragilidade do signatário perante toda a estrutura de colaboração mercadológica organizada pelos demais envolvidos no cartel, bem como o risco de posterior propositura de ação penal com sua inclusão no polo passivo. É, exatamente, esta dificuldade que este trabalho tenta resolver através do exercício de ponderações de direito centrado mais no que tange à apresentação de denúncia que, propriamente, quanto à falha no contraditório no procedimento administrativo<sup>227</sup>.

---

<sup>227</sup> Novamente se ressalta que o isolamento epistemológico do presente trabalho está na figura do leniente e na vedação à apresentação de denúncia em face dele após a sua sujeição ao Acordo de Leniência. A inserção dos demais cartelizadores – os delatados – exigiria maiores incursões e uma leitura global. Essa curiosidade certamente será explorada, no futuro, por meio do aperfeiçoamento das conclusões ora obtidas.

Quanto a esta apresentação de denúncia, bastaria utilizar os documentos sem, no entanto, divulgar a identidade do leniente<sup>228</sup>, pois, somente será dado acesso, aos demais réus do procedimento administrativo, àquelas informações que o CADE entender conveniente. Dever-se-ia referir o signatário meramente como “leniente” sem divulgar seus dados pessoais. Justificada, portanto, a importância de excluir o requisito que trata da necessidade de cessação da atividade ilícita, pois, o fato de o signatário deixar a organização criminosa de uma hora para outra, certamente, despertará suspeitas<sup>229</sup>.

A peculiaridade do Acordo de Leniência que fomenta esta pesquisa reside, exatamente, nesse ponto. Não obstante haja previsão no parágrafo 9º do artigo 86 da Lei nº 12.529/2011 a respeito da característica sigilosa dos Acordos de Leniência, foi possível verificar que, no tocante ao TCC, também consta da lei que este está protegido pelo sigilo. Contudo, na prática, todos os Termos são disponibilizados no sítio do CADE ao qual qualquer pessoa tem amplo acesso, inclusive, o Ministério Público.

Ressalta-se que, não sendo garantido sigilo em sua plenitude – sem os adendos e as exceções e, principalmente, sem termo final para sua manutenção –, o instituto não passará de uma falácia, uma forma de atrair os membros de cartel para delatar a conduta e auxiliar o Estando em troca de imunidade. No entanto, constata-se que o delator restará

---

<sup>228</sup> Nas palavras de MAÍRA BEUCHAMP SALOMI “Logo, a confidencialidade do acordo é necessidade decorrente da confissão, uma vez que os lenientes estão delatando coinfratores, podendo correr riscos de retaliações comercial e pessoal. A previsão do sigilo e o rigor do tratamento das informações sigilosas são imprescindíveis, já que acarretam duas consequências imediatas: o sucesso das investigações e a preservação da imagem da empresa ou pessoa física delatora”. Op. Cit. p. 134/135.

<sup>229</sup> Em opinião contrária, menciona-se ANDRÉ MACIAL VARGAS DOS SANTOS para quem, o ato de anuir com a manutenção do conluio criminoso enquanto vigente o Acordo incorreria em imoralidade corroborada pelo próprio Estado, pois a concordância equivaleria a consentir com hipótese de flagrante preparado. Contudo, já se tratou desse assunto anteriormente, indicando que não se trata de flagrante ilícito, mas, sim, de meio de flagrante previsto na Lei de Organizações Criminosas, tanto que é autorizada, inclusive, a infiltração de agentes públicos nas organizações criminosas para auxiliar na coleta de provas. O fato de haver previsão de exigência de cessação da prática funciona quase como uma antítese do requisito de auxílio de produção de provas, pois, seria muito mais coerente e fácil obter provas com a manutenção do leniente na organização criminosa, até mesmo para não levantar suspeitas da delação.

prejudicado, posteriormente, pelas consequências de seu ato no mundo dos fatos. Novamente, desloca-se a importância do instituto ao Estado, e a imunidade passa a não ser uma vantagem tão significativa ao componente de cartel, deslegitimando o instituto do Acordo de Leniência.

A confidencialidade possui dupla função no Acordo de Leniência, ou seja, proteger o leniente de retaliações pessoais e comerciais e assegurar o sucesso do instituto. Contudo, havendo termo para a cessação do sigilo e previsão de posterior publicação das decisões com a identificação dos lenientes, se está pensando, muito mais, em favorecer o Estado que terá a possibilidade de desmanchar o cartel com as provas trazidas pelo signatário, do que favorecer o próprio leniente. Isto caracteriza um boicote velado ao leniente que, em um primeiro momento, fica atraído pela promessa da imunidade, mas, concluído o procedimento terá seu nome divulgado como delator. Em outros termos, todo este procedimento qualifica a inexorável perplexidade do sistema.

Ainda neste sentido, reside o real foco deste trabalho, pois, assim como existe a previsão do sigilo sem a sua efetividade, o artigo 87 da Lei nº 12.529/2011 prevê que a simples assinatura e decisão favorável do Tribunal Administrativo a respeito da concessão da leniência refletem, não somente, na imunidade administrativa, mas, diretamente, na esfera penal, tratando-se de verdadeira causa extintiva da punibilidade. Há, ainda, a previsão expressa de que a celebração do Acordo repercutirá em impedimento ao oferecimento da denúncia pelo Ministério Público.

Pode-se depreender, pelo exposto, que um Acordo firmado com o Ministério da Justiça, com natureza de delação premiada tem, como consequência direta, primeiro, o impedimento de oferecimento da denúncia – enquanto durar o procedimento – depois, a extinção da punibilidade.

De fato, não existe problema real quando se analisa, detalhadamente, a lei pois é muito clara a previsão do Acordo de Leniência que, uma vez celebrado na esfera administrativa, gera, reflexivamente, resultados na esfera penal. Na prática, no entanto, vem-se discutindo, com muita profundidade, esse assunto, principalmente, tendo-se em conta que os crimes contra a ordem econômica resultam em ação penal pública incondicionada, sendo o Ministério Público o único legitimado à sua propositura.

Todo esse trabalho se volta, pontualmente, a combater essa premissa que viola, sobremaneira, a independência e autonomia dos três

poderes, deixando a previsão legislativa clara e absoluta à mercê da atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário. Ademais, repercutiria em revogação tácita do Programa como está posto, pois sua premissa principal – o prêmio concedido ao leniente – não passaria de uma fraude cometida pelo Estado Interventor em face do jurisdicionado.

Assim sendo, muitos foram os trabalhos a respeito da impossibilidade de o Acordo de Leniência impedir a propositura de ação penal pelo Ministério Público, destacando-se o artigo apresentado por RAFAEL JUNIOR SOARES<sup>230</sup>, a respeito do qual se tratará com maior acuidade no terceiro capítulo.

---

<sup>230</sup> Revista Brasileira de Ciências Criminais n. 215. Outubro de 2010.

### CAPÍTULO III: A LENIÊNCIA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANTIVO

*But when notice is a person's due,  
process which is a mere gesture is not 'due process'.*<sup>231</sup>

Após longo período de ditadura militar, marcada pelo autoritarismo de atos institucionais restritivos aos direitos individuais de cada cidadão, em 1988, entrou, em vigor, a apelidada Constituição Cidadã que tem, como pilares, os direitos e garantias fundamentais, rol de regras e princípios que tem, como objetivo, o acautelamento das prerrogativas mais caras a cada indivíduo, como a vida, a liberdade e a dignidade humana<sup>232</sup>.

Uma das precursoras das ideologias traçadas na Nova Constituição foi a Convenção Americana de Direitos Humanos – também chamada de Pacto de San Jose da Costa Rica<sup>233</sup> – que elevou a

---

<sup>231</sup> Tradução livre: “Mas quando a comunicação decorre de uma pessoa, processo que é um mero gesto não é devido processo”. ROBERT H. JACKSON.

<sup>232</sup> “No caso brasileiro, o renascimento do direito constitucional se deu, igualmente, no ambiente de reconstitucionalização do país, por ocasião da discussão prévia, convocação, elaboração e promulgação da Constituição de 1988. Sem embargo de vicissitudes de maior ou menor gravidade no seu texto, e da compulsão com que tem sido emendada ao longo dos anos, a Constituição foi capaz de promover, de maneira bem sucedida, a travessia do Estado brasileiro de um regime autoritário, intolerante e, por vezes, violento para um Estado democrático de direito”. BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Fonte: <http://www.georgemlima.xpg.com.br/barroso.pdf>. Acesso em 15 de junho de 2013. Também da autoria do mencionado jurista, destaca-se: **Direitos Sociais em debate**. 1. ed. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2012. e **O Novo Direito Constitucional Brasileiro**. 1. ed. Belo Horizonte: Editora Forum, 2012. Sobre o tema, necessário trazer a colaboração de LENIO LUIZ STRECK que debateu a Constituição e sua interpretação: “Assim, além de praticar o controle difuso de constitucionalidade *strictu sensu*, pelo exame da parametricidade entre os normativos e o texto constitucional, tenho incentivado e defendido a utilização dos contemporâneos mecanismos aptos à realização da filtragem hermenêutico-constitucional das leis” STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 151.

<sup>233</sup> PREÂMBULO:

Os Estados Americanos signatários da presente Convenção,

preocupação a respeito dos direitos humanos à perspectiva global, acompanhando o fenômeno da integração multicultural<sup>234</sup> e projetando a importância de serem observadas as prerrogativas fundamentais de cada indivíduo, não somente se pensando nele como cidadão de um país, mas como cidadão do mundo.

Com o advento da nova ordem constitucional, a legislação penal brasileira tornou-se obsoleta, eis que editada em período marcado pela violência e redução de direitos, ou seja, a Segunda-Guerra Mundial, tendo, como modelos, o Código de Processo Penal e o Código Penal italianos<sup>235</sup>.

---

Reafirmando seu propósito de consolidar neste Continente, dentro do quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos humanos essenciais;

Reconhecendo que os direitos essenciais da pessoa humana não derivam do fato de ser ela nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos;

Considerando que esses princípios foram consagrados na Carta da Organização dos Estados Americanos, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e na Declaração Universal dos Direitos do Homem, e que foram reafirmados e desenvolvidos em outros instrumentos internacionais, tanto de âmbito mundial como regional;

Reiterando que, de acordo com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, só pode ser realizado o ideal do ser humano livre, isento do temor e da miséria, se forem criadas condições que permitam a cada pessoa gozar dos seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como dos seus direitos civis e políticos; e

Considerando que a Terceira Conferência Interamericana Extraordinária (Buenos Aires, 1967) aprovou a incorporação à própria Carta da Organização de normas mais amplas sobre os direitos econômicos, sociais e educacionais e resolveu que uma Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos determinasse a estrutura, competência e processo dos órgãos encarregados dessa matéria;

Fonte:

<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjos>  
e.htm. Acesso em 01 de junho de 2013.

<sup>234</sup> WOLKMER, Maria de Fátima Schumacher. **Cidadania Cosmopolita, Ética Intercultural e Globalização Neoliberal**. Revista Sequencia, Florianópolis, 2003.

<sup>235</sup> “Nosso sexagenário Código de Processo Penal traz, na introdução da sua Exposição de Motivos, da lavra do então Ministro Francisco Campos o seguinte: De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do



A legislação penal de 1940 e 1941 possui característica marcadamente inquisitiva, dando ampla importância ao Inquérito Policial, etapa extrajudicial na qual não se conta com a obrigatoriedade do contraditório, além de fortalecer o poder do Estado em face do jurisdicionado. Institutos como o das prisões cautelares – dentre as quais se destaca o acautelamento preventivo, antes de qualquer decisão condenatória – violam, sobremaneira, direitos fundamentais insculpidos na Magna Carta como a presunção de inocência e individualização da pena<sup>236</sup>.

---

processo penal num Código único para todo o Brasil, impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem. As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pelas evidências das provas, um então extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela jurisdicional. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. Pela leitura da referida Exposição, infere-se claramente que o legislador da década de quarenta adotou o chamado discurso de defesa social, ao sustentar a primazia do interesse social na punição, em detrimento dos direitos individuais dos acusados. A inspiração legislativa foi o direito italiano, mais especificamente o chamado Código Rocco de 1930, de cunho sabidamente fascista. Não se espanta, portanto que nosso plágio tenha sido viabilizado pela lógica autoritária e repressiva do Estado Novo Vargasista” In MALAN, Diogo Rudge. **A sentença incongruente no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. pp. 1/2.

<sup>236</sup> “Então, de modo explícito, aponta-se no CPP as seguintes e mais relevantes características: a) o acusado é tratado como potencial e virtual culpado, sobretudo quando existir prisão em flagrante, para a qual, antes da década de 1970, somente era cabível liberdade provisória para crimes afiançáveis, ou quando presente presunção de inocência, consubstanciada na possível e antevista existência de causas de justificação (estado de necessidade, legítima defesa, etc.) na conduta do agente (art. 310, caput); b) na balança entre a tutela da segurança pública e a tutela da liberdade individual, prevalece a preocupação quase exclusiva com a primeira, com o estabelecimento de uma fase investigatória agressivamente inquisitorial, cujo resultado foi uma consequente exacerbação dos poderes dos agentes policiais; c) a busca da verdade, sinalizada como a verdade real, legitimou diversas práticas autoritárias e abusivas por parte dos poderes públicos. A ampliação ilimitada da liberdade de iniciativa probatória do juiz, justificada como necessária e indispensável à busca da verdade real, descaracterizou o perfil acusatório que se quis conferir à atividade

Encabeçado por diversos penalistas contemporâneos<sup>237</sup>, passou-se por um fenômeno de constitucionalização da legislação penal de maneira informal, atrelada à Teoria Geral do Garantismo de autoria de LUIGI FERRAJOLI<sup>238</sup>, motivado, principalmente, por teses novas de

---

jurisdicional. Essa parece ser a razão pela qual Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, ilustre processualista, Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade do Paraná, insiste em conceituar nosso modelo processual como de natureza preferencialmente inquisitorial (COUTINHO, 2001, PP. 3-50); d) o interrogatório do réu era realizado, efetivamente, em ritmo inquisitivo, sem a intervenção das partes, e exclusivamente como meio de prova, e não de defesa, estando o juiz autorizado a valorar, contra o acusado, o seu comportamento no aludido ato, seja em forma de silêncio (antiga redação do art. 186 e o ainda atual art. 198, já revogado implicitamente), seja pelo não comparecimento em juízo” In OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. P. 2/3.

<sup>237</sup> Dentre os quais, destacam-se os marcos teóricos do presente trabalho: ALEXANDRE MORAIS DA ROSA, AURY LOPES JUNIOR, JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO, DIOGO RUDGE MALAN, LENIO LUIZ STRECK, SALO DE CARVALHO, EUGÊNIO RAÚL ZAFFARONI, NILO BATISTA, JOSÉ HENRIQUE PIERANGELI, JUAREZ CIRINO DOS SANTOS, JUAREZ TAVARES, e outros.

<sup>238</sup> “Assim, apesar de o garantismo jurídico ter sua origem a partir de uma reflexão do Direito Penal, precisou, para lhe dar consistência, do estabelecimento de uma sólida Teoria do Direito. E esse caminho, estabelecido por Ferrajoli busca esteio em quatro frentes: A primeira está vinculada à revisão da teoria da validade, a qual busca estabelecer uma diferenciação entre validade/material e vigência/formal das normas jurídicas. A segunda pretende o reconhecimento da dimensão substancial da democracia, superando a visão meramente formal. Na terceira, partindo do ponto de vista do Juiz, aponta uma nova maneira de ver a sujeição à lei, não mais exclusivamente por seu aspecto formal do emissor, senão por seu conteúdo normativo, o qual também deverá estar de acordo com o Texto Maior, tanto no que se refere aos princípios (explícitos ou implícitos) quanto em relação às regras, agregando, ademais, os Direitos Humanos aderidos pelo art. 5º, §2º, da Constituição da República de 1988. Na última, a ciência jurídica é revisitada, não mais como missão exclusivamente descritiva, mas acrescentando contornos críticos e de projeção ao futuro. Com efeito, a Teoria Geral do Garantismo, entendida como modelo de Direito, está baseada no respeito à dignidade da pessoa humana e seus Direitos Fundamentais, com sujeição formal e material das práticas jurídicas aos conteúdos constitucionais, aqui trabalhados dissociados de uma visão essencialista. Isto porque, diante da complexidade contemporânea, a legitimação do Estado Democrático de Direito deve suplantiar a mera democracia formal, para alcançar a democracia material, na qual os Direitos Fundamentais devem

defesa que ensinaram a produção jurisprudencial numa óptica de hipertrofia das garantias constitucionais e produção acadêmica no sentido de desmistificar o crime, o criminoso e o cenário em que estão colocados. A crítica ao modelo inquisitivo trouxe a ascensão de um novo modelo de estudo da criminologia, a chamada criminologia crítica<sup>239</sup>,<sup>240</sup> fomentada pela intersecção da teoria da reação social<sup>241</sup> com visões marxistas<sup>242</sup>, deslocando o foco do crime e do criminoso ao cerne do fenômeno criminológico, qual seja, o reconhecimento do crime como veículo de manutenção da força.

Esse cenário novo é – ou deveria ter sido – reforçado pela Reforma Parcial do Processo Penal ocorrida, em 2008, com a vigência das Leis nº 11.719 e n. 11.689 que trouxeram a previsão específica da vedação da prova ilícita para fins de convencimento do magistrado e das provas decorrentes das ilícitas, bem como sua indispensável exclusão tanto do cenário da persuasão racional, quanto do interrogatório como meio de defesa, o que demonstra a intenção garantista desse movimento reformador. Contudo, como destaca JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO, não seria, realmente, possível conciliar

---

ser respeitados, efetivados e garantidos, sob pena de deslegitimação paulatina das instituições estatais”. Mais adiante, MORAIS DA ROSA retoma o filtro garantista: “As regras do jogo democrático devem ser garantidas de maneira crítica e constitucionalizada, até porque com ‘Direito Fundamental’ (e as normas processuais o são) não se transige, não se negocia, as regras do jogo devem ser constantemente interpretadas a partir da matriz de validade Garantista, não se podendo aplicar cegamente as normas do Código de Processo Penal, sem que se proceda antes, uma oxigenação constitucional” In MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Decisão Penal: A Bricolage de Significantes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 86 e p. 259.

<sup>239</sup> MALAGUTI BATISTA, Vera. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. Rio de Janeiro: Revan.

<sup>240</sup> BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à Sociologia do Direito Penal*. Tradução Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

<sup>241</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Do Paradigma Etiológico ao Paradigma da Reação Social: Mudança e Permanência de Paradigmas Criminológicos na Ciência e no Senso Comum**. *Sequencia – Estudos Jurídicos e Políticos*. Florianópolis: UFSC, 1995.

<sup>242</sup> Retratando a lógica mercadológica do sistema penal, destaca-se o livro de NILS CHRISTIE, **A indústria do controle do crime**, no qual o autor trata do etiquetamento e da noção de lucro e mais valia atreladas ao sistema penal norte-americano.

elementos de devido processo legal substantivo com uma realidade inquisitorial do Processo Penal. A reforma, não obstante tenha tido sua relevância, não supriu todas as dissonância da legislação penal em relação à Constituição e, certamente, não deixou clara a lógica de filtro constitucional.

Para MIRANDA COUTINHO, é imprescindível que seja reformado o sistema em si – descaracterizando-se seu núcleo de natureza eminentemente inquisitória – para que haja êxito na dialética da Teoria do Garantismo e do Direito Processual Penal contemporâneo. Há provas do cunho inquisitorial do sistema, como o Inquérito Policial, que precisa ser afastado definitivamente, caso contrário, jamais se estará refletindo o processo efetivamente como instrumento de concretização do devido processo legal substantivo, mas, apenas, mascarando sua feição eminentemente autoritária em reformas parciais que não vão ao cerne do problema<sup>243</sup>.

Também nessa linha de raciocínio, FLAVIANE DE MAGALHÃES BARROS<sup>244</sup> afirmou que a “reforma parcial transformou o CPP em uma colcha de retalhos, mas não conseguiu retirar seu forte conteúdo autoritário”, explicando que a problemática reside na opção por reformar apenas um fragmento do Código de Processo Penal, quando, no entanto, o autoritarismo se revela no contexto da legislação. Não basta fazer alterações pontuais se o todo se

---

<sup>243</sup> “Nesta esteira, o sistema processual penal brasileiro é, indubitavelmente, inquisitório, porque seu princípio unificador é o inquisitivo, já que a gestão da prova está, primordialmente, nas mãos do juiz, senhor do processo. A solução parece estar na superação da estrutura inquisitória e, para tanto, há de se dar cabo do inquérito policial, não para se introduzir o chamado juizado de instrução (tão ruim quanto aquele), mas para, aproximando-se da matriz acusatória, permitir-se tão só uma única instrução, no crivo do contraditório. [...] O que há de se afirmar, enfim, é que as reformas parciais não mudam o sistema porque não vão ao núcleo do problema, ou seja, no princípio inquisitivo, que permanece intacto, o que se pode constatar com as recentes reformas, mormente aquela referente à prova e, nela, no que diz com a chamada teoria geral das provas”. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Um devido processo legal (Constitucional) é incompatível com o sistema do CPP, de todo inquisitorial**. In **Processo Penal e democracia – estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. Coordenadores: MALAN, Diogo; PRADO, Geraldo. p. 257/258.

<sup>244</sup> BARROS, Flaviane de Magalhães. **(Re)forma do Processo Penal – comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis n. 11.690/08, n. 11.719/08 e n. 11.900/09**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. pp. 1/4.

encontra em dissonância com o devido processo legal constitucional; tal iniciativa não passa de paliativo. Destaca-se, também, que o fato de sempre se constituírem novas comissões com a mesma função de reformar o Código serve como prova de que as reformas parciais não são satisfatórias, pois alteram dispositivos, mas mantém intocado o núcleo autoritário<sup>245</sup> da legislação penal<sup>246</sup>.

A reforma global que se opera, atualmente, no âmbito do Congresso Nacional, por meio dos Projetos de Lei nº 156/2009 e nº 236/2012 também não estão caminhando na direção de adequar as previsões da legislação ordinária aos ditames da Constituição da República de 1988. Mesmo porque, conforme consignou JACINTO COUTINHO, a Comissão de Juristas formada para a confecção do Projeto do Novo Código de Processo Penal acabou seu trabalho em nove meses em função da escassez de tempo que lhe foi concedida. Diante disso, algumas questões que mereciam maior atenção restaram inconclusas, já que as audiências públicas – que seriam importante etapa da formulação do novo modelo processual penal – não se concretizaram<sup>247</sup>.

Pautado, literalmente, nessas premissas, é formulada a nova feição do Direito Processual Penal – o Processo Penal Constitucional – que ratifica a característica acusatória do modelo posto, retirando-lhe o rigor da veia inquisitorial que possuía<sup>248</sup>. Com efeito, indo de encontro à

---

<sup>245</sup> “Quando o assunto é reforma, o primeiro ponto é o fundamental porque trata do núcleo dos problemas: é preciso manter o foco no que há de ser reformado, fugindo às questões intra-sistêmicas para se reconhecer que o problema está no próprio sistema, o que não se atinge com reformas parciais e, desde este ponto de vista, meros remendos”. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Op. cit. p. 254.

<sup>246</sup> A respeito da reforma parcial do Código de Processo Penal, insta destacar a colaboração de NEREU JOSÉ GIACOMOLLI. **Reformas (?) do Processo Penal – Considerações críticas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

<sup>247</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Sistema acusatório e outras questões sobre a reforma global do CPP**. In **O Novo Processo Penal à Luz da Constituição – Análise crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal**. Organizadores COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. v. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 18.

<sup>248</sup> “Se a perspectiva teórica do CPP era nitidamente autoritária, prevalecendo sempre a preocupação com a segurança pública, a Constituição da República de 1988 caminhou em direção diametralmente oposto. Enquanto a legislação codificada pautava-se pelo princípio da culpabilidade e da periculosidade do

postura eminentemente repressiva, mais voltada à lógica de ordem e segurança pública que ao direito do indivíduo submetido a um processo criminal, a Constituição veio para fazer com que o Estado voltasse sua atenção ao amplo sistema de garantias que, caso não seja obedecido e observado, repercutirá em nulidade do feito<sup>249</sup>.

Diante disso, o conceito de processo que será utilizado nesse trabalho pautado, principalmente, nos ideais de igualdade material, é o de que se trata de ato jurídico complexo composto por várias relações jurídicas que são operadas em um núcleo de direitos fundamentais sobre uma base procedimental<sup>250</sup>. Ou, em outros termos, sob o conceito de processo como procedimento submetido ao contraditório<sup>251</sup>.

Somente sendo observados os princípios fundamentais no exercício do processo, estar-se-á, verdadeiramente, atuando em uma lógica de devido processo legal substantivo cuja premissa se encontra na coerência entre a efetivação do Direito Processual Penal submetido às

---

agente, o texto constitucional instituiu um sistema de amplas garantias individuais, a começar pela afirmação da situação jurídica de quem ainda não tiver reconhecida a sua responsabilidade penal por sentença condenatória passada em julgado: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal acusatória” (*art. 5, LVII*). Op. cit. p. 3.

<sup>249</sup> Nesse sentido, importante destacar a contribuição do jurista gaúcho Aury Lopes Jr. que tratou do processo penal em uma óptica verdadeiramente constitucional, submetendo as diretrizes do processo penal hodierno ao crivo dos ditames constitucionais em seu **Introdução Crítica ao Processo Penal – Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional**. 4. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

<sup>250</sup> LAMY, Eduardo de Avelar; RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Teoria Geral do Processo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

<sup>251</sup> “Então, invertendo-se a lógica do senso comum teórico dos juristas, o processo é um procedimento realizado por meio do contraditório e, especificamente no Processo Penal, entre os legitimados para a instauração do processo: Ministério Público ou ofendido e o acusado. [...] Portanto, o contraditório precisa ser revisitado, uma vez que não significa apenas ouvir as alegações das partes, mas a efetiva participação, com paridade de armas, sem a existência de privilégios, estabelecendo-se uma comunicação entre os envolvidos, mediada pelo Estado”. In MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Decisão Penal: A bricolage de Significantes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 86/87.

diretrizes da Magna Carta, assegurada assim, principalmente, a dignidade da pessoa humana e a manutenção do estado de inocência<sup>252</sup>.

### 3.1. PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL – “PROCESSO PENAL PARA QUE(M)<sup>253</sup>?”.

Como estabelecido, o novo paradigma processual penal se encontra intimamente ligado à necessária observância dos direitos fundamentais. Somente assim, o efetivo exercício do devido processo legal material estará sendo observado. AURY LOPES JR. é categórico em responder a pergunta deste enunciado, adequando, o Processo Penal, aos mandamentos constitucionais, fazendo com que o processo legal material seja fiel à sua concepção como “instrumento de efetivação das garantias constitucionais”<sup>254</sup>.

Nos termos de EUGÊNIO PACELLI DE OLIVEIRA, a partir da vigência da Constituição Federal de 1988, “a mudança foi radical. A nova ordem passou a exigir que o processo não fosse mais conduzido, prioritariamente, como mero veículo de aplicação da lei penal, mas, além e mais que isso, que se transformasse em uma garantia do indivíduo em face do Estado”<sup>255</sup>.

---

<sup>252</sup> “O surgimento de uma Constituição projeta, a partir de seu nascimento e para o futuro, o novo modelo de Estado sob cujos parâmetros deseja orientar-se a sociedade. A partir de sua superioridade político-normativa formata-se, em níveis essenciais, a legitimidade da atuação dos tradicionais Poderes de Estado, bem assim de outras instituições públicas que desfrutam de um perfil constitucional. [...] A partir dessa correlação entre a forma do poder (instituição, limitação, divisão e controle) e os direitos fundamentais passamos a compreender a Constituição como fonte, a um só tempo, de legitimação e de limitação do poder constituído; é dizer, de abertura e de contenção do poder estatal” In FELDENS, Luciano. **A Constituição Penal – a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 21.

<sup>253</sup> “A questão a ser enfrentada é exatamente (re)discutir qual é o fundamento da existência do processo penal, por que existe e por que precisamos dele. A pergunta poderia ser sintetizada no seguinte questionamento: **Processo penal para que(m)?**” LOPES JR., Aury. **Introdução crítica ao processo penal – fundamentos da instrumentalidade constitucional**.

<sup>254</sup> LOPES JR., Aury. **Introdução crítica ao Processo Penal – Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 1.

<sup>255</sup> *Idem Ibidem*.

Junto com esse novo paradigma, menos voltado à garantia da ordem pública e mais focado nas liberdades e garantias individuais de cada cidadão perante o Estado, passou-se a questionar toda a função do processo penal antes voltada à lógica de veículo de imposição da pena.

As diretrizes que permearam o modelo processual penal, até então, foram voltadas às ideias de segurança pública e de direito penal do inimigo<sup>256</sup>. O direito penal do sujeito, em detrimento do estudo do fato, dominou a abordagem das ciências criminais até a ascensão de um novo objeto: o *imputador*<sup>257</sup> – aquele que possui a prerrogativa de apontar o que é certo e errado numa óptica, nitidamente, maniqueísta.

Com o paradigma da reação social<sup>258</sup> convencionado a partir da escola de Chicago, provocou-se um afastamento das diretrizes do direito penal máximo – ou teoria das janelas quebradas<sup>259</sup> – e se focou, muito mais, em quem determina o que é aceitável socialmente. O crime é uma convenção e, logicamente, sucede o homem historicamente, já que somente o homem criminaliza; tão só a subjetividade é capaz de enquadrar o que é, ou não, correto em uma perspectiva de coletividade.

---

<sup>256</sup> JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manoel Cancio. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. 4. ed. atual. e ampl. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2009.

<sup>257</sup> Na linha do paradigma da Reação Social, o foco é deslocado da figura do criminoso e passa a pender sobre quem é o imputador; em outros termos, qual possui a legitimidade para dizer o que é crime e quem comete crime. Destaca-se o trabalho de VERA REGINA PEREIRA DE ANDRADE em sua brilhante reconstrução da criminologia desde o paradigma antropológico de LOMBROSO, GAROFALLO E FERRI até a Criminologia Crítica de ALESSANDRO BARATTA. In ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão da segurança jurídica – do controle da violência à violência do controle penal**. Porto Alegre: Editora do Advogado, 2003. Também é efetuada essa digressão em seu novo livro **Pelas mãos da criminologia – o controle penal para além da (des)ilusão**. Rio de Janeiro: Revan, 2013. Também é necessário fazer menção à aclamada obra de MICHEL FOUCAULT, **Vigiar e punir - história da violência nas prisões**. 32. ed. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 1997, bem como o **Manicômios, prisões e conventos**, 7. ED. São Paulo: Perspectiva, 2001, da autoria de ERVING GOFFMAN, numa leitura precisa dos conceitos de etiquetamento e institucionalização do indivíduo como manutenção do monopólio da força.

<sup>258</sup> Fonte: nota 26.

<sup>259</sup> LOPES JR., Aury Op. cit. p. 12.



A crescente onda criminalizadora<sup>260</sup> que serve para legitimar o poder do Estado patrocinando a ilusão da segurança jurídica<sup>261</sup> invoca a severidade das penas corporais. Desta forma, o Código de Processo Penal de 1941, de veia claramente fascista, bem como o Código Penal servem para hipertrofiar o poder do Estado em face do jurisdicionado, valendo-se da desculpa de que a rigidez da legislação processual penal se devia ao aumento da criminalidade.

Com o advento da Constituição Federal e das teorias garantistas lideradas por LUIGI FERRAJOLI, tem-se a instituição de um novo ‘ponto fundante’ – um novo ‘núcleo’ – que orienta na interpretação adequada das normas processuais penais. Desse modo, o novo paradigma de ponto de observação do processo penal se enfaça nas noções de garantias individuais, tornando-se, o processo, um veículo de exercício e acautelamento das premissas impostas pelo regramento constitucional.

Assim, transfere-se a lógica do pensamento autoritário, no qual sempre, ao final, será o próprio Estado por meio de suas instituições – o Ministério Público traz a suposta infração a público e o Poder Judiciário decide pela procedência ou não do pedido acusatório – que irá decidir se houve crime. Por isso, GOLDSCHMIDT chegou a questionar para que se presta o processo, já que o mesmo Estado que acusa por meio do Ministério Público é quem analisa a procedência do pedido pelas mãos do Poder Judiciário<sup>262</sup>.

---

<sup>260</sup> “Nesse sentido, cresce em importância a emergência como conceituada nesta obra, onde leis repressivas de caráter substancial ou instrumental pululam quotidianamente no contexto jurídico estatal às pressões momentâneas, e acabam esquecidas na proporcional velocidade com que a veicularão de sua existência deixa os notórios”. In CHOUKR, Fause Hassan. **Processo penal de emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 132. Também se destaca: SALAS, Denis. **La volonté de punir – Essai sur Le populism penal**. Hachette Littératures. assim como SANCHÉZ, Jesús-Maria Silva. **A expansão do direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

<sup>261</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Op. cit.

<sup>262</sup> “Por que supõe a imposição da pena a existência de um processo? Se o *ius puniendi* corresponde ao Estado, que tem o poder soberano sobre seus súditos, que acusa e também julga por meio de distintos órgãos, pergunta-se: por que necessita que prove seu direito em um processo?” GOLDSCHMIDT, J. **Problemas jurídicos y políticos del Proceso Penal**. Apud LOPES JR., Aury. **Introdução crítica ao processo penal – fundamentos da instrumentalidade constitucional**. p. 1. Segue AURY LOPES JR. respondendo ao questionamento proposto por GOLDSCHMIDT: “A resposta passa, necessariamente, por uma

Em havendo a suposta subsunção de conduta descrita pelo Ministério Público à norma penal proibitiva, não se pode cogitar de condenação automática pelo simples fato de que o Magistrado que irá analisar o processo compõe o mesmo Estado que o Órgão Acusatório. A produção de prova e a observância do contraditório e da ampla defesa são os elementos que perfectibilizam as alegações cotejadas na inicial acusatória, mesmo porque, após a dilação probatória, pode, o próprio Membro do Ministério Público, se convencer da atipicidade da conduta ou da falta de comprovação de materialidade e autoria e, assim, requerer a absolvição do acusado.

Com efeito, passa-se a um novo paradigma incitado, também, pela nova lógica de devido processo legal substantivo no qual a legislação processual para poder ter efetividade deve ser aplicada em conformidade com as exigências da Magna Carta, do contrário, poderá incorrer em nulidade<sup>263</sup>.

Partindo-se dessa nova composição do Processo Penal, deve ele ser refletido como instrumento de garantias do sujeito passivo – o réu – em face do poder do Estado, já que as premissas que regem seu novo paradigma se encontram, intimamente, ligadas à observância dos direitos do indivíduo submetido ao processo criminal. Isso porque o processo acaba por ser – não só no Brasil, mas em todo país influenciado pela onda de histeria coletiva provocada pelo discurso do terror – um fim em si mesmo<sup>264</sup>, produzindo toda uma população

---

leitura constitucional do processo penal. Se, antigamente, o grande conflito era entre o direito positivo e o direito natural, atualmente, com a recepção dos direitos naturais pelas constituições democráticas, o desafio é outro: dar eficácia a esses direitos fundamentais” Op. cit. p. 2.

<sup>263</sup> “Diante do ‘direito penal do terror’, implementado pelas políticas repressivistas de lei e ordem, tolerância zero, etc., o processo passou a desempenhar uma missão fundamental numa sociedade democrática, enquanto instrumento de limitação do poder estatal, e ao mesmo tempo, instrumento a serviço da máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais. A questão a ser enfrentada é exatamente (re)discutir qual é o fundamento da existência do processo penal, por que existe e por que precisamos dele. A pergunta poderia ser sintetizada no seguinte questionamento: Processo Penal para que(m)?” In LOPES JR., Aury. **Introdução crítica ao processo penal – Fundamentos da instrumentalidade constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

<sup>264</sup> FRANCESCO CARNELLUTTI trata do processo como pena em si mesmo em **As misérias do Processo Penal**. São Paulo: Conan, 1997. Sobre o tema: “Mas também para os reclusos que não são encarcerados perpétuos pode ocorrer que não venha o dia, em que saiam, vivos, da prisão. Um terrível aspecto da

carcerária que, após sua entrada no sistema, dificilmente, vai obter a almejada reinserção social, ou seja, fica ratificada a ideia de que ‘uma vez criminoso, sempre criminoso’.

O princípio do qual parte o processo penal contemporâneo é o da igualdade material entre as partes – ou da paridade de armas<sup>265</sup>, do qual emana toda a gama de demais direitos fundamentais como o contraditório e a ampla defesa. Para que exista, efetivamente, igualdade – ou isonomia – entre as partes em litígio, o exercício do contraditório – como mecanismo de defesa do acusado em face das alegações que contra si pairam – , bem como a ampla defesa – consubstanciada não somente na defesa pessoal, mas na garantia de defesa técnica – são instrumentos fundamentais à sua higidez. O contraditório, assim, complementa, juntamente com a ampla defesa, as prerrogativas de igualdade entre os litigantes, proporcionando, ao acusado, refutar todas as alegações que contra si pairam, sendo, os postulados, absolutos do paradigma constitucional penal.

Ainda, refletindo-se sobre o princípio da igualdade consagrado como uma das bases do Estado Democrático de Direito, deve-se visualizá-lo, na perspectiva de NORBERTO BOBBIO, como corolário

---

condenação à reclusão, também por um período breve, é que ninguém tem certeza, naquele período, de não morrer. Tanto basta dizer que o processo penal, o qual não termina com a condenação mas segue com a expiação, pode durar até a morte. A eventualidade da morte no cárcere é o risco mais grave do encarceramento. E não por que uma interpretação benévola da disciplina carcerária não consinta ao moribundo a extrema despedida dos seus queridos, mas porque o morrer lhe trunca a esperança do retorno ao convívio humano”. p. 29.

<sup>265</sup> “Entretanto, essa visão demonstra o desconhecimento da atual compreensão de processo, já apontada por Cordero, dado que o processo na contemporânea configuração da relação jurídica, segundo Fazzalari, é o procedimento em contraditório”. In MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Decisão Penal: A bricolage de Significantes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 259. A reflexão do princípio da igualdade em seu viés material – pensado como paridade de armas – foi trabalhado no Processo Penal por MARCELO CATTONI e AROLDO PLÍNIO GOLÇALVES. Em seu texto, MORAIS DA ROSA provoca um diálogo entre FAZZALARI e HABERMAS que colabora muito com a reflexão da paridade de armas diante da lógica processual penal. A indicação do contraditório material como identificação do Processo Penal contemporâneo implementada na obra do mencionado autor se adéqua, perfeitamente, às diretrizes do devido processo legal substantivo e ao viés constitucionalizado do Processo Penal.

do exercício de outro princípio fundamental de importância central ao estudo do direito processual penal, a liberdade. A liberdade é um princípio em si mesma, além de ser “um valor para o homem como ser genérico, ou seja, como um ente pertencente a uma determinada classe, que é precisamente a humanidade”<sup>266</sup>.

Para BOBBIO, os princípios constitucionais, principalmente, a igualdade e a liberdade vêm acompanhados de uma forte ‘carga emotiva’ de modo a representar algo que é almejado pelos cidadãos, muito embora, haja, majoritariamente, doutrinas que preguem a desigualdade e o autoritarismo, exatamente a prática demonstrada no sistema brasileiro<sup>267</sup>.

Com efeito, a aceitação do paradigma constitucional do Direito Penal resta prejudicada pelas heranças de um Estado eminentemente autoritário e pelos hábitos desenvolvidos com a aplicação de uma legislação de cunho inquisitorial. Nesta perspectiva, conceitos como igualdade material, devido processo legal substantivo e a nova roupagem do processo voltada à observância dos princípios fundamentais restam igualmente prejudicados, quando permitem medidas autoritárias como a propositura de ação penal pelo Ministério Público após a celebração de Acordo de Leniência por meio do Ministério da Justiça.

Os três argumentos que fomentam essa prática ilegal são: a) a inafastabilidade do Ministério Público consubstanciada na impossibilidade de o Órgão Acusatório dispor da ação penal, pois não está funcionando em seu nome, mas, supostamente, em nome da coletividade potencialmente lesada pela conduta ilícita; b) os acordos de delação premiada, muito embora não haja previsão expressa na legislação penal, somente poderiam ser propostos e celebrados entre o Ministério Público e o acusado disposto a colaborar com a

---

<sup>266</sup> BOBBIO, Norberto. **Liberdade e igualdade**. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996. p. 13.

<sup>267</sup> “Assim como liberdade, igualdade tem na linguagem política um significado emotivo predominantemente positivo, ou seja, designa algo que se deseja, embora não falem ideologias e doutrinas autoritárias que valorizam mais a autoridade do que a liberdade, assim como ideologias e doutrinas não igualitárias que valorizam mais a desigualdade do que a igualdade”. In BOBBIO, Norberto. Op. cit. p. 11.

investigação<sup>268</sup> e, c) que a extinção da punibilidade somente pode ser decretada por meio de decisão judicial.

A igualdade, portanto, pensada a partir do conceito de FAZALLARI<sup>269</sup> na perspectiva processual civil e importados para o processo penal a partir da doutrina de CATTONI<sup>270</sup> e AROLDO PLÍNIO GONÇALVES<sup>271</sup> é a base do processo assecuratório da dignidade da pessoa humana, de modo que tendo sido assumido papel de parte no processo penal pelo Ministério Público<sup>272</sup>, devem ser concedidos, à defesa, todos os meios necessários à proteção do acusado perante as forças do Estado.

Tendo-se exaurido a importância da igualdade e da liberdade como conceitos de base ao atual processo penal, deve-se coletar sua essência, que se traduz do devido processo legal em sua perspectiva substantiva, pois na nova conjuntura o processo penal passa a ser repensado a partir da Constituição da República de 1988, servindo como instrumento a favor do jurisdicionado e assegurando suas prerrogativas fundamentais.

### **3.1.1. Devido processo legal substantivo, material ou constitucional.**

O devido processo legal é direito fundamental previsto no inciso LIV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988. Em seu texto, a Magna Carta assegurou que ninguém será privado de qualquer direito ou

---

<sup>268</sup> Neste sentido, o Novo Código Penal, PLS 236/2012, também não há previsão de exclusividade do Ministério Público em propor o acordo de delação premiada, mas, apenas, resta consignado que caberá, ao Magistrado, a extinção da punibilidade pelo pedido da parte de firmar Acordo. Portanto, o Acordo não é feito com o Ministério Público, mas, sim, com o Juiz, sujeito que tem a legitimidade para declarar a extinção da punibilidade. Nota-se, desse modo, uma intenção clara do Órgão Acusatório impor seu poder. Essa constatação é de suma importância aos debates que estão por vir nos próximos tópicos deste terceiro capítulo.

<sup>269</sup> FAZZALARI, Elio. **Instituzioni di diritto processuale**. Padova: CEDAM, 1994.

<sup>270</sup> CATTONI, Marcelo. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

<sup>271</sup> GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: AIDE, 2001.

<sup>272</sup> A respeito, MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia compacto de processo penal conforme a teoria dos jogos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. e LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva.

de seus bens sem a observância do devido processo legal que se encontra, intimamente, vinculado aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Por ampla defesa, entende-se a possibilidade de o réu trazer todos os elementos que possam servir para absolvê-lo de demanda criminal, sendo, ela, dividida em defesa técnica e defesa pessoal<sup>273</sup>; e como contraditório, deve-se pensar não só na participação do acusado, mas na paridade de armas.

Com efeito, ambos, contraditório<sup>274</sup> e ampla defesa – compondo a noção de devido processo legal constitucional – servem como importantes veículos à formação da convicção do Magistrado, sujeito passivo da prova<sup>275</sup>, a quem cabe analisá-la, sob a égide da persuasão

---

<sup>273</sup> A defesa pessoal mereceu importante atenção da reforma provocada pela vigência das Leis nº 11.719, nº 11.689 e nº 11.690, todas de 2008. A partir de então, o interrogatório pessoal do réu passou a ser visto como meio de defesa e não mais, exclusivamente, como meio de prova; assim, sua presença em todos os atos processuais, depoimentos, reconhecimentos e acareações passou a ser imprescindível para a higidez do processo. Do contrário, enseja nulidade a partir do ato que motivou a irregularidade. A respeito: “O referido artigo e os seguintes do capítulo ‘Interrogatório do Acusado’ já tinham sido reformados pela Lei n. 10.792, de 1º de dezembro de 2003, objetivando a constitucionalização do interrogatório judicial. Assim, desde 2003, o interrogatório tomou uma importante feição de garantir o contraditório e a ampla argumentação, bem como, para respeitar o direito de não auto-incriminação próprio do direito ao silêncio”. In BARROS, Flaviane Magalhães. **(Re)forma do Processo Penal – Comentários críticos dos artigos modificados pelas leis n. 11.690/08, n. 11.790/08 e n. 11.900/08.** 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 53.

<sup>274</sup> Sobre o direito ao contraditório: LOPES JR., Aury. **Introdução crítica ao processo penal – Fundamentos da instrumentalidade garantista.** 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 229/233: “Por isso, está intimamente relacionado com o princípio *in audita et altera pars*, pois obriga a que a reconstrução da ‘pequena história do delito’ seja feita com base na versão da acusação (vítima), mas também com base no alegado pelo sujeito passivo. [...] O juiz deve dar ‘ouvida’ a ambas as partes, sob pena de parcialidade, na medida em que conheceu apenas de metade do que deveria ter conhecido”.

<sup>275</sup> “O juiz passa a assumir uma relevante função de garantidor, não devendo julgar conforme deseja a maioria e, não podendo, fica inerte diante de violações ou ameaças de lesão aos direitos fundamentais, constitucionalmente consagrados ou que brotem de tratados e convenções firmados pelo Brasil. Assume, assim, uma nova posição no Estado Democrático de Direito, sem que com isso sua atuação seja política, mas constitucional, consubstanciada na

racional, obedecendo ao regramento constitucional e assegurando a cadência da decisão judicial com as garantias individuais do acusado.

O devido processo legal, em breve análise histórica, pode ser compreendido como uma junção dos sistemas de *Common Law* no qual a lei é fruto do caso concreto e não o contrário<sup>276</sup> – subsunção do fato à lei – como ocorre em nosso ordenamento. O termo ‘devido processo legal’ tem sua origem<sup>277</sup> na *Law of the Land* e que foi utilizado, pela

---

função de proteção dos direitos fundamentais de todos e de cada um, ainda que para isso tenha que adotar uma posição contrária à opinião da maioria. Deve tutelar o indivíduo e reparar as injustiças cometidas, absolvendo sempre que não existirem provas plenas e legais de sua responsabilidade penal. Como define FERRAJOLI, o objetivo justificador do processo penal é garantia das liberdades dos cidadãos”. In LOPES JR., Aury. **Introdução crítica ao processo penal – Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 78.

<sup>276</sup> ORTH, John. V. **Due process of law – a brief history**. Publicado pela University Press of Kansas (Lawrence, Kansas).

<sup>277</sup> Existe opinião divergente na doutrina, no sentido de que as origens do devido processo legal estão na Alemanha e, principalmente, nas influências do Império Romano sobre a cultura germânica. Atribui-se as origens do devido processo legal, especificamente, ao feudalismo na Alemanha da Idade Média como sendo fruto do Rei Conrado II que unificou o sistema de posse e propriedade na Alemanha que era dividida entre Norte e Sul. Na Alemanha do Norte, a posse e a propriedade eram transferidas por força dos direitos hereditários, ou seja, dos ancestrais para as gerações mais próximas. Já na Alemanha do Sul, as terras eram consideradas patrimônio coletivo da comunidade e, por este motivo, “deveria ser repartida, todos os anos, entre os membros de cada aldeia”. O Rei Conrado II fez um híbrido do sistema do Norte e do Sul, assim “os imperadores declararam que todas as terras pertenciam à Coroa, que as cedia aos nobres, mediante certas condições para que delas usassem e gozassem (*jus utendi et fruendi*), podendo transmiti-las de geração em geração”. Todas essas iniciativas se voltavam principalmente à obtenção do apoio de vassalos e condes, “que, em troca, obteriam proteção contra os príncipes germanos, sobretudo em relação à proteção da propriedade”.

Foi pautado nessas intenções que “Conrado II edita, em maio do ano de 1037, em uma das expedições germânicas a Milão, na Itália, um decreto que seria conhecido pela história como sendo o primeiro a reduzir a texto escrito o direito feudal e as práticas relativas à transmissão da propriedade [...] Em linha de continuidade, adotando as notas históricas reveladas por STUBBS, deve-se dizer que o Editto de Conrado continha quatro normas fundamentais, merecendo destaque especial a primeira dessas ordenações. Segundo a primeira ordenação do Imperador, nenhum homem seria privado de um feudo sob o domínio do

primeira vez, no artigo 39 da Magna Carta do Rei João Sem-Terras que governou a Inglaterra em 1215<sup>278</sup> com o seguinte texto:

Nenhum homem livre será preso ou privado de sua propriedade, de sua liberdade ou de seus hábitos, declarado fora da lei ou exilado ou de qualquer forma destruído, nem o castigaremos nem mandaremos forças contra ele, salvo julgamento legal feito por seus pares ou pela lei do país.

Em 1354, o termo *Law of the Land* – cujo significado faz alusão ao fato da Constituição ter nascido como fonte de proteção democrática, traduzida, à época, precipuamente nos direitos de propriedade – foi alterado para *Due process of Law* pelo Rei Eduardo III após a promulgação do *Statute of Westminster of the Liberties of London*.

No ordenamento Norte-Americano, o devido processo legal está resguardado por duas emendas à Constituição, “na Quinta Emenda podemos encontrar a cláusula ‘*due processo of law*’ ao lado do trinômio ‘vida, liberdade e propriedade’. Na Décima Quarta Emenda passa a significar também a igualdade na lei e não só mais perante a lei”<sup>279</sup>.

Sendo assim, o *Due Process of Law* é compreendido, pela doutrina contemporânea, portanto, como importante instrumento na garantia de efetividade dos direitos e garantias fundamentais no processo, tema muito recorrente e atual desde que, na década de 80, JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA escreveu um ‘programa básico’<sup>280</sup> com a

---

Imperador ou de um senhor feudal (*mesne lord*), senão pelas leis do Império (*laws of the empire*) e pelo julgamento de seus pares (*judgement of his peers*), expressões que, reitere-se, foram escritas em 1037, e que, segundo STUBBS, foram simplesmente copiadas na Carta Magna Inglesa de 1215. In PEREIRA, Ruitember Nunes. **O princípio do devido processo legal substantivo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

<sup>278</sup> VILAS-BÔAS, Renata Malta. **Princípios constitucionais do Direito Processual Civil**. Revista âmbito Jurídico, disponível em [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10180&revista\\_caderno=21](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10180&revista_caderno=21). Acesso em 15 de abril de 2013.

<sup>279</sup> Op. cit.

<sup>280</sup> MATTOS, Sérgio Luís Wetzell de. **Devido processo legal e proteção de direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 177.



finalidade de assegurar a almejada efetividade<sup>281</sup>, também associado ao princípio do acesso à justiça<sup>282</sup> como um “direito fundamental a uma proteção judicial efetiva compreendendo o direito à remoção de todos os obstáculos que impeçam ou dificultem o acesso à justiça”<sup>283</sup>.

Outros princípios são também associados ao devido processo legal, como a igualdade e a duração razoável do processo, fortalecendo a importância social em prol do jurisdicionado que lhe é atribuída. Além disso, o devido processo legal é protagonista dos conceitos ensejadores do Estado de Direito que, segundo J.J GOMES CANOTILHO, é “um princípio constitutivo, de natureza material, procedimental e formal” que tem o intuito de “conformar as estruturas do poder político e organização da sociedade segundo a medida do direito”<sup>284</sup>.

Assim, chega-se à conclusão de que os demais princípios constitucionais que se aplicam à esfera da tutela penal, como a ampla defesa, o contraditório, a igualdade processual – ou isonomia – a publicidade são, de certo modo, decorrentes do devido processo legal que pode ser pensado como um *super-princípio* do qual emanam as diretrizes para os demais, um verdadeiro princípio constitucional norteador<sup>285</sup>.

---

<sup>281</sup> “a) o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, todos os direitos (e outras posições jurídicas de vantagem) contemplados no ordenamento, quer resultem de expressa previsão normativa, quer possam inferir do sistema; b) esses instrumentos devem ser praticamente utilizáveis, ao menos em princípio, sejam quais forem os supostos titulares dos direitos (e das outras posições jurídicas de vantagem) de cuja preservação ou reintegração se cogita, inclusive quando indeterminável o círculo dos eventuais sujeitos; c) impende assegurar condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes, a fim de que o convencimento do julgador corresponda, tanto quanto puder, à realidade; d) em toda a extensão da possibilidade prática, o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento; e) cumpre que se possa atingir semelhante resultado com o mínimo dispêndio de tempo e energias”. In MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Notas sobre o problema da “efetividade” do processo.** p. 27/28.

<sup>282</sup> Cita-se a colaboração de ALF ROSS e MAURO CAPELLETTI.

<sup>283</sup> MATTOS, Sérgio Luís Wetzl de. Op.cit. p. 183.

<sup>284</sup> CANOTILHO, J.J Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** p. 243/244. Ano? Ed.?

<sup>285</sup> PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves. **O princípio do devido processo legal – Direito Fundamental do Cidadão.** Coimbra: Almedina, 2009. p. 130.

Portanto, existem duas formas de conceber o devido processo legal; uma, atrelada ao exercício processual em si, e outra, mais moderna, admitindo que o fim último do processo não mais deve ser considerado como sendo a decisão judicial, mas a prestação jurisdicional em si, a obtenção do bem da vida almejado. Através desta concepção, fica garantido, ao cidadão que aciona o Poder Judiciário, obter provimento que se adéque ao novo paradigma de garantias fundamentais.

À primeira forma se dá o nome de devido processo legal formal que serve, tão somente, para trazer, para o mundo dos fatos, as determinações de procedimento que constam da legislação federal. A segunda forma – chamada devido processo legal substancial ou material – se estende à preocupação de trilhar o caminho do processo sob as premissas constitucionais, invocando, para tanto, os princípios fundamentais constitucionalmente previstos.

Segundo os ensinamentos de LUÍS ROBERTO BARROSO, o devido processo legal substancial teve três fases:

a) sua ascensão e consolidação, no final do século XIX da década de 30; b) seu desprestígio e quase abandono no final da década de 30; e c) seu renascimento triunfal na década de 50, no fluxo da revolução progressista promovida pela Suprema Corte Americana, sob a presidência do *Chief of Justice* Earl Warren. Posteriormente, a Suprema Corte reassumiu um perfil conservador, em que a intervenção judicial, no mérito de certas valorações legislativas e administrativas, que se manifestava pelo uso substantivo das cláusulas do devido processo legal, viveu um momento de refluxo<sup>286</sup>.

Não obstante tenha, o devido processo legal substancial, adquirido potência global nos idos de 1950, no Brasil, devido à influência dos atos institucionais segregatórios de direitos fundamentais, somente foi possível passar a visualizar o devido processo legal em sua forma plena a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988

---

<sup>286</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: renovar, 2001. p. 201. In PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves. Op. cit. pp. 273/274.

que rompeu com o paradigma autoritário que imperou durante a Ditadura Militar.

Desse modo, é plausível reconhecer, como principais gestores do devido processo legal material, os princípios da razoabilidade e proporcionalidade que funcionam no sentido de complementar os ideais do devido processo legal para além de sua função processual<sup>287</sup>, adotando, assim, uma visão macro sob a perspectiva da Constituição Federal de 1988.

O que se opera por meio do devido processo legal material ou substantivo é a processualização das normas constitucionais<sup>288</sup>, fazendo com que o mero formalismo processual abra precedente a sua interpretação, conforme a Constituição da República de 1988, como um verdadeiro exercício de hermenêutica<sup>289</sup> pró-cidadania<sup>290 291</sup>.

---

<sup>287</sup> A função processual está, intimamente, ligada aos princípios do acesso à justiça, isonomia, promotor e juiz natural, contraditório e ampla defesa, vedação à prova ilícita, publicidade, fundamentação, duplo grau de jurisdição e assistência judiciária gratuita. In PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves. **O princípio do devido processo legal – Direito fundamental do cidadão**. Coimbra: Almedina, 2009.

<sup>288</sup> “Embora pareça paradoxal *prima facie*, a abertura operada no texto constitucional tem sido convencionalmente denominada como processualização das normas constitucionais ou constituição como processo aberto. ‘Processo’, nesse sentido, procurando eliminar o paradoxo da substancialização da norma constitucional pela sua processualização, está ligado ao conceito de mobilidade constitucional e de adaptabilidade das normas constitucionais à realidade mutante, dada a sua abertura no tempo”. Op. cit. p. 240

<sup>289</sup> ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica**. São Paulo: Landy, 2000.

<sup>290</sup> Uma reflexão sobre o conceito contemporâneo de cidadania, pensado já na perspectiva global, foi feita por VERA REGINA PEREIRA DE ANDRADE em sua Dissertação de Mestrado: **Sistema penal máximo x Cidadania mínima – Códigos da violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

<sup>291</sup> Complementando a teoria de ELIO FAZZALARI, MARCELO CATTONI e AROLDI PLÍNIO GONÇALVES, destaca-se a contribuição de EDUARDO DE AVELAR LAMY e HORÁCIO WANDERLEI RODRIGUES em seu **Teoria Geral do Processo**. Os autores conceituam processo, já nas primeiras linhas, como “um ato jurídico complexo resultante de operação de um núcleo de direitos fundamentais (os princípios constitucionais do processo), sobre uma base procedimental tanto dentro quanto fora da jurisdição, não apenas com o objetivo de declarar os direitos, mas principalmente com o objetivo de satisfazê-los no mundo dos fatos, na vida dos litigantes”. LAMY, Eduardo de Avelar;

No tema em questão, o devido processo legal substancial encontrará sua importância na análise do Instituto da Leniência a partir dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade<sup>292</sup>, para que, desta forma, sejam alcançadas as conclusões almejadas por meio desse trabalho.

Como explanado alhures, o Acordo de Leniência é firmado entre a empresa ou particular previamente comprometido em atividade anticoncorrencial que delata o ilícito a fim de obter imunidades administrativa e penal e o Ministério da Justiça, por meio da Secretaria de Direito Econômico, órgão do CADE, aceita o Acordo a fim de garantir que o leniente lhe conceda as provas necessárias à persecução dos demais membros do grupo voltado à dominação de mercado.

Desta forma, visualiza-se, claramente, que um dos requisitos à autorização do Acordo é a participação do leniente na coleta de provas capazes de ensejar a condenação dos demais membros do cartel e isto leva ao problema central dessa Dissertação: se o Ministério Público, como titular da ação penal pública incondicionada, apresentar denúncia contra o leniente sob o argumento de que o Acordo não possui validade no âmbito judicial, estar-se-á patrocinando uma brutal afronta ao devido processo legal constitucional. Consta-se que, de maneira pontual, todas as provas produzidas com o auxílio do leniente, mesmo estando, teoricamente, protegidas pelo sigilo serviriam como justa causa à propositura de ação penal posterior, o que viola, sobremaneira, a vedação de produção de provas contra si mesmo prevista no inciso LXIII do artigo 5º da Constituição da República de 1988.

O argumento formal trazido pelo Ministério Público a respeito de sua legitimidade privativa e a indisponibilidade da ação penal não se equiparam ao direito fundamental à liberdade individual, à paridade de armas – a perfectibilização do princípio da igualdade em seu viés material – e à autorização de não produzir provas contra si mesmo. Do contrário, o Instituto da Leniência está fadado ao insucesso, eis que o componente de cartel jamais irá se expor à futura ação penal, na qual,

---

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Teoria Geral do Processo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 6. Conceito este que pode ser incorporado à Teoria Geral do Processo Penal em seu viés decorrente da Teoria do Garantismo de LUIGI FERRAJOLI.

<sup>292</sup> CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

certamente, restará condenado pelo uso de provas que ele mesmo auxiliou a produzir.

Desse modo, pensando-se no Processo Penal sob a perspectiva de direitos fundamentais – e, mais especificamente, do devido processo legal em seu viés material – tem-se que o Acordo de Leniência implica em extinção da punibilidade automática na esfera penal já que a lei não exige o cumprimento de qualquer requisito quanto ao reflexo penal da concretização do Acordo. Nos termos específicos do parágrafo único do artigo 87 da Lei nº 12.529/2012 tem-se que “Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o caput deste artigo”<sup>293</sup>.

Com efeito, o reflexo penal do Acordo de Leniência é incondicionado, não havendo qualquer proibição legal quanto à plenitude desse dispositivo legal. Muito pelo contrário, as justificativas contrárias se encontram amparadas por argumentos formais que não dão azo à observância do devido processo legal material, pois se além, mais a questões procedimentais e de prática jurídica que, propriamente, ao objeto final do processo, ou seja, o acautelamento absoluto dos direitos fundamentais do sujeito, a ele, submetido.

Nessa óptica, levando-se em consideração o devido processo legal em sua feição material cumulado com o princípio do processo penal acusatório, necessário fazer a reflexão a respeito dos reflexos penais do Acordo de Leniência, já que a previsão legal autoriza a extinção da punibilidade automática e incondicional. No entanto, a doutrina e a jurisprudência vêm trepidando nesse sentido<sup>294</sup> de modo a autorizar a posterior propositura de ação penal o que, nitidamente, viola os direitos mais caros ao acusado.

---

<sup>293</sup>Fonte:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm). Acesso em 04 de junho de 2013.

<sup>294</sup> Como exemplo desse posicionamento, destaca-se: SOARES, Rafael Junior. **Da impossibilidade do uso do acordo de leniência como forma de impedir o oferecimento de denúncia pelo Ministério Público**. Revista Brasileira de Ciências Criminais n. 215, de outubro de 2010. Fonte: [http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/capa.php?bol\\_id=254](http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/capa.php?bol_id=254). Acesso em 12 de junho de 2013.

### 3.2. O ACORDO DE LENIÊNCIA, A PRÁTICA DE APRESENTAÇÃO DE DENÚNCIA EM FACE DO LENIENTE E SUA (IN)COMPATIBILIDADE COM O DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANTIVO.

Como já referido, seguindo-se *ipsis literis* a determinação da nova legislação antitruste, dever-se-ia considerar extinta a punibilidade do leniente uma vez concretizado o Acordo e deferidos os benefícios pelo Tribunal Administrativo. Contudo, a doutrina desloca suas atenções aos argumentos lacônicos e formalistas apresentados pelo Ministério Público<sup>295</sup>.

As alegações que vêm justificando a posterior apresentação de denúncia<sup>296</sup> – na qual restará, como prova preliminar, o inquérito administrativo no qual estarão reunidas as provas produzidas por intermédio do próprio leniente – consubstanciam-se no seguinte: a) o Ministério Público é legitimado exclusivo à propositura da ação penal pública incondicionada, exatamente a modalidade de ação cabível nos crimes contra a ordem econômica; b) muito embora não haja qualquer previsão legal neste sentido – nem mesmo na regulamentação da delação premiada no artigo 106 do Novo Código Penal (PLS 236/12) –, o Ministério Público se considera o único capaz de propor acordos de delação premiada, assim, sua função estaria sendo supostamente usurpada pelo Ministério da Justiça; e c) a extinção da punibilidade

---

<sup>295</sup> SOARES, Rafael Junior. **Da impossibilidade do uso do acordo de leniência como forma de impedir o oferecimento de denúncia pelo Ministério Público.** Revista Brasileira de Ciências Criminais – n. 215 – outubro de 2010.

<sup>296</sup> A respeito: “Note-se que os crimes contra a ordem econômica, tipificados nos artigos 4º, 5º e 6º da lei nº 8.137/90 são de ação penal pública incondicionada, portanto, submetidos ao princípio da indisponibilidade da ação penal pública e obrigatoriedade da ação penal.

Portanto, deverá (ou ao menos deveria) o Ministério Público ser consultado pela SDE (a requerimento feito pela parte proponente) a fim de que se manifeste acerca do enquadramento nas formas do acordo de leniência (ou até mesmo para avaliar delação premiada), o que faz com que muitas vezes isto acabe servindo como um desestímulo à elaboração de denúncias de práticas anticoncorrenciais, posto que a parte denunciante só terá certeza da leniência na esfera administrativa, mas não terá a garantia da leniência na esfera penal”. In ABRAÃO, Guilherme Rodrigues. **O acordo de leniência no direito penal.** Boletim IBCCrim – Fonte:

[http://www.ibccrim.org.br/site/artigos/\\_imprime.php?jur\\_id=9724](http://www.ibccrim.org.br/site/artigos/_imprime.php?jur_id=9724). Acesso em 04 de junho de 2013.

somente pode ser decretada por meio de decisão judicial, ou seja, não tendo sido as provas apresentadas no procedimento administrativo submetidas à análise do Magistrado, não se poderia cogitar de extinção da punibilidade.

Diante da discussão fulcrada no reflexo penal do Acordo de Leniência, passou-se a dividi-lo em dois<sup>297</sup>, aquele efetuado na esfera administrativa e que assegura imunidade da multa que pode ser imposta pelo cometimento do cartel e aquele que trata da questão da imunidade penal, bem como suspensão de prazo prescricional e proibição à apresentação de denúncia durante o trâmite das tratativas.

Quanto à primeira feição do Acordo de Leniência, por implicar em consequências exclusivamente em âmbito administrativo e sendo firmado justamente por representante da Administração Pública, não há nenhuma dissonância a respeito da sua validade. Já a segunda modalidade de leniência feita entre o componente de cartel e o Ministério da Justiça e tendo, como objeto final, a imunidade criminal, restaria, supostamente, exposta ao crivo do Ministério Público.

Isso se justifica pela suposta independência de instância, de modo que a jurisprudência nacional majoritária já consignou que a esfera administrativa é autônoma em relação ao âmbito penal<sup>298</sup>. Desse modo, o Poder Judiciário não estaria refreado pela iniciativa da Administração Pública, podendo, inclusive, decidir de maneira contrária ao que restou definido na esfera administrativa.

Portanto, restam dois problemas. O primeiro no que tange à segurança jurídica, já que o jurisdicionado, somente, vai ter certeza da

---

<sup>297</sup> Op. cit.

<sup>298</sup> A respeito, haure-se da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. EXIGIBILIDADE DE CONCURSO PÚBLICO PARA CONTRATAÇÃO DE EMPREGADOS DO CONSELHO REGIONAL DE ODONTOLOGIA DE GOIÁS. QUESTÃO JUDICIALIZADA. DEFICIÊNCIA NA INSTRUÇÃO DO MANDADO DE SEGURANÇA. INDEPENDÊNCIA ENTRE AS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVA, CIVIL E PENAL. PRECEDENTES. DECISÕES ADMINISTRATIVA E JUDICIAL EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PRECEDENTES. MANDADO DE SEGURANÇA CONHECIDO EM PARTE E, NA PARTE CONHECIDA, DENEGADO (Rel. Min. Cármen Lúcia, j. em 12.03.2013).

decisão final após a análise da mesma matéria pela Administração Pública e pelo Poder Judiciário. Não há estabilidade nas decisões administrativas, pois estas, sempre, estarão à mercê da reanálise pelo Judiciário.

Essa problemática enseja a próxima, ou seja, o enfraquecimento da Administração Pública, pois suas decisões não possuem natureza verdadeiramente definitiva, já que reduz a esfera administrativa à mera parecerista. O fato de haver uma decisão pressupõe obrigações imediatas que são determinadas, por esta decisão. No entanto, em se tratando de esferas independentes, nada impede que a determinação da Administração Pública seja rechaçada pelo Poder Judiciário no momento de seu exame da questão.

Essa autonomia entre instâncias, portanto, deve ser pensada de forma parcimoniosa para não provocar desequilíbrio entre as próprias forças estatais, o que acontece, exatamente, no modelo posto em que cada qual procura legitimar seu próprio poder, deixando de refletir a respeito do todo estatal formado pela união de todos os órgãos que o compõem.

Com efeito, no momento em que cada instituição passa a agir em prol do fortalecimento de seu próprio poder, deslocam-se os níveis de igualdade – passa-se a um desequilíbrio de forças, não somente entre o cidadão e o Estado, mas, entre os organismos estatais em si – provocando, consequentemente, o distanciamento dos conceitos de liberdade. E, não pode haver liberdade quando apenas um manda e os demais obedecem<sup>299</sup>.

Assim, a grande crítica perpassa pela sobreposição do Ministério Público às funções do Ministério da Justiça e do próprio exercício do processo legislativo. Constata-se que, não obstante o legislador tenha deixado evidente, no artigo 87 da nova Lei de Defesa da Concorrência, sua intenção de garantir, ao leniente, todos os benefícios possíveis, posto que a política de leniência se volta justamente à erradicação dos cartéis e, não necessariamente à punição do ofensor, o Ministério Público, fazendo mal uso de suas prerrogativas, contribuiu para condenar, o instituto, ao fracasso.

---

<sup>299</sup> Por este motivo, foi proposto, nesse trabalho, a partir das considerações de HASSEMER, um terceiro viés de tutela estatal, o Direito de Intervenção que uniria conceitos do Direito Administrativo e do Direito Penal para fins de assegurar melhor aplicação da lei e, verdadeiramente, conceder segurança jurídica ao sujeito de direitos.



O exercício de poder do Ministério Público como sujeito de vingança do coletivo em crimes de colarinho branco – sendo um exemplo os crimes contra a ordem econômica – vem sendo debatido já há algum tempo, tendo-se traduzido na figura do *prosecutor*. E isto é fato tanto que, nos Estados Unidos, a promotoria foi a principal responsável pelo desmanche de organismos criminosos como no caso da *Enron*. Esse papel da promotoria, também, se desloca para os crimes empresariais pelo fato de que a mídia<sup>300</sup>, principal veículo de disseminação de informação, formula opiniões no sentido de que os autores dessa modalidade de crime foram protegidos, durante muito tempo, das punições por suas condutas antijurídicas tendo, como motivação, a sua suposta posição social mais favorável.

Nas palavras de GERALDINE SZOTT MOOHR: *“Current white collar criminal prosecutions suggest that characterizing federal prosecutors as gods is the better description. Riding a tide of public outrage following discovery of massive fraud at Enron and other firms, prosecutors have attained something akin to heroic status”*<sup>301</sup>.

No mesmo sentido da crítica acima proposta, ROBERT JACKSON, famoso Promotor de Justiça Norte-Americano que conduziu os trabalhos do Tribunal de Nuremberg, classificou o Ministério Público como detentor de “mais controle sobre a vida, liberdade e reputação que qualquer outra pessoa na América.”<sup>302</sup>

Desse modo, o nítido aumento de poder do Ministério Público<sup>303</sup>, no sentido de representar a insatisfação das massas com a violência e o

---

<sup>300</sup> Destaca-se, novamente, a contribuição de SCHREIBER, Simone. **A publicidade opressiva dos julgamentos criminais**. Revista Brasileira de Ciências Criminais – n. 86 – setembro/outubro de 2010.

<sup>301</sup> Tradução livre: “As investigações mais recentes de crimes de colarinho branco sugerem que a caracterização de promotores federais como deuses é a melhor descrição. Aumentando a tendência de ultraje público seguido de descoberta de fraudes massivas na Enron e outras firmas, promotores de justiça têm adquirido algo similar ao status de heróis”

Fonte: <http://www.law.uh.edu/faculty/gmoohr/Prosecutorial.pdf>. Acesso em 05 de junho de 2013.

<sup>302</sup> Fonte: <http://www.law.uh.edu/faculty/gmoohr/Prosecutorial.pdf>. Acesso em 05 de junho de 2013.

<sup>303</sup> O poder exacerbado concedido ao Ministério Público está intimamente ligado à vontade que a própria sociedade tem de punir. A respeito, DENIS SALAS trata do que chama de populismo penal que consiste na popularização da ideia de pena e de punição. Para concretizar essa construção, trata da mudança do homem culpável e da ascensão de uma sociedade em busca da

aumento da criminalidade, se legitima a partir do momento em que o Membro do Ministério Público decide propor ação penal de qualquer maneira, ignorando as determinações legais expressas<sup>304</sup>.

Além disso, o Ministério Público autoriza o aumento à repressão prevendo, cada vez mais, medidas restritivas que possam corroborar a ocorrência de crimes como a interceptação telefônica, a busca e apreensão e as prisões cautelares.

Com efeito, tudo isto repercute na adoção de um modelo inquisitorial velado<sup>305</sup>, mesmo que esteja consignado, no ordenamento contemporâneo, que o Brasil adotou o sistema acusatório, o que, inclusive, constará no texto do artigo 3º do novo Código de Processo Penal (PLS 156/09)<sup>306</sup>.

---

segurança. Também questiona a importância do papel da vítima nas relações penais. Além de comentar a respeito da nova era de guerra ao terror, e a lapidação de uma nova categoria de delinquente, além da falta de perspectiva do titular do direito de punir em se colocar em situação de igualdade àquele indivíduo que está arcando com a sanção. **La volonté de punir – Essai sur Le populism pénal.** Hachette Littératures, 2005.

<sup>304</sup> A crítica ao Ministério Público, neste trabalho, não tem a intenção de ser truculenta ou agressiva, mas, apenas, se presta a exercitar uma prerrogativa colocada muito objetivamente por SALO DE CARVAHO em recente postagem em seu *blog* de criminologia. O autor gaúcho destaca que as instituições não existem sem o povo que as nutre. Logo, se o povo não criticá-la, como regente absoluto de seu papel, ninguém mais poderá fazê-lo. A postagem se prestou a neutralizar e explicar uma manifestação feita pelo professor gaúcho em redes sociais criticando a atuação de um Promotor de Justiça que, em peça de sua autoria, afirma que é plenamente justificável atirar em um indivíduo que tenta roubar alguém pois, a pessoa roubada estaria agindo em plena legitimidade de seus direitos. Acrescenta, dizendo à vítima, que a solução da problemática reside na necessária melhora de sua “mira”, de modo que, na próxima abordagem acerte, adequadamente, no infrator.

Fonte: <http://antiblogdecriminologia.blogspot.com.br/2013/06/sobre-o-papel-do-ministerio-publico-no.html>. Acesso em 10 de junho de 2013.

<sup>305</sup> Como diria Aury Lopes Jr., é, justamente nessa perspectiva, que o professor Jacinto Nelson de Miranda Coutinho tem toda a razão em apontar o sistema processual penal brasileiro como inquisitório e admitir que o sistema acusatório é tanto um mito quanto a verdade real o é.

<sup>306</sup> Sobre o tema: MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson. **Crítica à teoria geral do processo penal.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001; **A lide e o conteúdo do Processo Penal.** Curitiba: Juruá, 1998; **Introdução aos princípios gerais do Processo Penal brasileiro.** Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba – n. 30, 1998: “Destarte, a diferenciação destes dois sistemas processuais faz-se

A importância do sistema acusatório que divide, claramente, a função de cada parte no processo evitando que a mesma instituição que formula a acusação seja aquela a exercer a análise do pleito para dar ou não provimento, está fulcrada no fato de que a igualdade plena – consubstanciada na paridade de armas da doutrina constitucional contemporânea – será, efetivamente, alcançada quando o Magistrado não mais se subsumir nas funções da acusação.

---

através de tais princípios unificadores, determinados pelo critério de gestão da prova. Ora, se o processo tem por finalidade, entre outras, a reconstituição de um fato pretérito, o crime, mormente através da instrução probatória, a gestão da prova, na forma pela qual ela é realizada, identifica o princípio unificador. Com efeito, pode-se dizer que o sistema inquisitório, regido pelo princípio inquisitivo, tem como principal característica a extrema concentração de poder nas mãos do órgão julgador, o qual detém a gestão da prova. Aqui, o acusado é mero objeto de investigação e tido como o detentor da verdade de um crime, da qual deverá dar contas ao inquisidor”. Neste sentido, “A característica fundamental do sistema inquisitório, em verdade, está na gestão da prova, confiada essencialmente ao magistrado que, em geral, no modelo em análise, recolhe-a secretamente, sendo que ‘a vantagem (aparente) de uma tal estrutura residiria em que o juiz poderia mais fácil e amplamente informar-se sobre a verdade dos factos - de todos os factos penalmente relevantes, mesmo que não contidos na acusação -, dado o seu domínio único e onipotente do processo em qualquer das suas fases. Como refere Foucault, com razão, ‘ele constituía, sozinho, e com pleno poder, uma verdade com a qual investia o acusado. No sistema acusatório, o processo continua sendo um instrumento de descoberta de uma verdade histórica. Entretanto, considerando que a gestão da prova está nas mãos das partes, o juiz dirá, com base exclusivamente nessas provas, o direito a ser aplicado no caso concreto (o que os ingleses chamam de *judge made law*). Aliás, “O processo penal inglês, assim, dentro do *common law*, nasce como um autêntico processo de partes, diverso daquele antes existente. Na essência, o contraditório é pleno; e o juiz estatal está em posição passiva, sempre longe da colheita da prova. O processo, destarte, surge como uma disputa entre as partes que, em local público (inclusive praças), argumentavam perante o júri, o qual, enquanto sociedade, dizia a verdade, *vere dictum*. É elementar que um processo calcado em tal base estruturasse uma cultura processual mais ardua a manipulações, mormente porque o réu, antes de ser um acusado, é um cidadão e, portanto, senhor de direitos inafastáveis e respeitados”. Nestas linhas, MIRANDA COUTINHO indica haver um sistema inquisitório velado mascarado pelo discurso do sistema híbrido: **Um devido processo legal constitucional é incompatível com o sistema do CPP, de todo inquisitorial.** Op. cit.

Outro exemplo de afronta ao sistema acusatório é a atração que o Ministério Público tem em fazer o papel da polícia judiciária. A recente discussão a respeito da Proposta de Emenda Constitucional n. 37<sup>307</sup> é prova de que a atuação do Ministério Público vem extrapolando suas competências. Ao exercer papel que não lhe cabe, o Ministério Público deixa de cumprir, com atenção, aquelas funções que lhe são atribuídas constitucionalmente por meio do artigo 129 da Constituição Federal de 1988<sup>308</sup>, e se consagra, absolutamente, no papel de parte.

---

<sup>307</sup> A principal alteração trazida pela Proposta de Emenda Constitucional nº 37 consiste na substituição do texto do atual artigo 144 da Constituição Federal de 1988, acrescentando-se um parágrafo décimo do qual constará a privatividade de investigar das polícias civil e federal. A grande polêmica reside no fato de que se tornou corriqueiro, na prática jurídica cotidiana, a atuação do Ministério Público como Polícia Judiciária, havendo determinados locais do Brasil em que o Órgão Acusatório está dotado de veículos específicos com o intuito de exercer o papel investigatório. A respeito, destaca-se o debate ocorrido no Programa Alexandre Garcia, no canal Globo News, entre Márcio Fernando Elias Rosa – Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo e Marcos Leôncio Sousa Ribeiro – Presidente da Associação Nacional dos Delegados da Polícia Federal. Fonte: <http://globotv.globo.com/globo-news/globo-news-alexandre-garcia/v/convidados-debatem-a-pec-37-que-quer-impedir-o-ministerio-publico-de-investigar-crimes/2617939/>. Acesso em 06 de junho de 2013.

<sup>308</sup> **Art. 129.** São funções institucionais do Ministério Público:

- I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;
- II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;
- III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;
- IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;
- V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;
- VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;
- VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;
- VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;

A autorização de persecução penal pelo próprio Órgão Acusatório, também, acaba por determinar que todo inquérito será, via de regra, convertido em ação penal, pois o próprio Órgão está formando seu convencimento e buscando os elementos necessários para tanto. Diferentemente do que ocorre quando as provas que compõem a justa causa são levadas, ao Ministério Público, já constituídas, o processo de produção dessa prova serve para direcionar a instituição competente para tanto.

Com efeito, a regra será o oferecimento de denúncia, mesmo porque, nessa hipótese, o convencimento não é estimulado apenas pela análise das provas coletadas por terceiros, mas, pelo desejo pessoal de encontrar as provas que sejam capazes de ensejar uma acusação adequada e de acordo com o disposto no artigo 41 do Código de Processo Penal. O que ocorreria é que o Ministério Público, acumulando as funções de polícia e acusador, reduziria sua exigência de

---

IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

§ 1º - A legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei.

~~§ 2º - As funções do Ministério Público só podem ser exercidas por integrantes da carreira, que deverão residir na comarca da respectiva lotação.~~

~~§ 3º - O ingresso na carreira far-se-á mediante concurso público de provas e títulos, assegurada participação da Ordem dos Advogados do Brasil em sua realização, e observada, nas nomeações, a ordem de classificação.~~

~~§ 4º - Aplica-se ao Ministério Público, no que couber, o disposto no art. 93, II e VI.~~

§ 2º As funções do Ministério Público só podem ser exercidas por integrantes da carreira, que deverão residir na comarca da respectiva lotação, salvo autorização do chefe da instituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 3º O ingresso na carreira do Ministério Público far-se-á mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em sua realização, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e observando-se, nas nomeações, a ordem de classificação. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 4º Aplica-se ao Ministério Público, no que couber, o disposto no art. 93. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 5º A distribuição de processos no Ministério Público será imediata. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

plausibilidade da justa causa, pois já estaria formando seu convencimento em etapas, na medida em que participava na investigação.

Esta postura do Ministério Público reafirma a inquisitorialidade do Sistema Penal Brasileiro. No entanto, importante ressaltar que este trabalho segue o viés constitucional penal.

Assim, ratifica-se o marco pragmático a partir do qual se refletirá a respeito da questão esboçada no presente trabalho. O Programa de Leniência, no Brasil, está sendo pensado, não apenas na perspectiva do processo como meio de legitimação de poder, mas, sendo pautado no paradigma garantista que emerge das previsões constitucionais mesmo que, para tanto, seja necessário se despende mais tempo. Todo este contexto servirá para manter a observância do exercício dos direitos fundamentais do sujeito passivo.

Dessa forma, a realidade que permeia a presente análise se insere no diálogo constante e ininterrupto que deve existir entre as diversas áreas do Direito e a Constituição Federal de 1988. Antes de se tomar uma providência pautada, exclusivamente, nas diretrizes esboçadas pela legislação ordinária, deve-se fazer uma incursão demorada no texto constitucional, principalmente, nos direitos e garantias fundamentais, para certificação de que não repercutirá em afronta à Magna Carta, pois, assim sendo, não encontrará efetividade e legalidade no sistema.

Nesse sentido, utilizando os exemplos que foram coletados para fins de ilustrar a pretensão desse tópico cuja finalidade é, pontualmente, situar as consequências do Acordo, não no Processo Penal pelo seu conceito tradicional, mas, no processo como instrumento a favor dos ditames constitucionais. Assim, serão abordados aspectos, como a influência do Ministério Público na investigação e a atividade do Magistrado na *mutatio libelli*<sup>309</sup> que afrontam, transversalmente, o sistema acusatório. Além disso, será destacada, também, a insistência do Ministério Público em apresentar denúncia após a celebração de Acordo

---

<sup>309</sup> “Dizer que o réu se defende só do fato descrito é soterrar o princípio da ampla defesa e, no Tribunal do Júri da plenitude da defesa. A obediência desse princípio constitucional ultrapassa o contraditório fático; envolve, necessariamente, o contraditório jurídico. Por isso, a decisão condenatória sobre imputação jurídica, na qual o réu não se defendeu, não tem legitimidade constitucional (imputação de dolo e condenação por culpa). Por isso, não encontra suporte no devido processo legal o art. 386 do CPP” In GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformas (?) do Processo Penal – considerações críticas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2008. p. 107.

de Leniência misturando os papéis de cada instituição. De certo modo, está configurado o enfrentamento entre o Poder Legislativo – como autor da lei antitruste e do dispositivo que autoriza a leniência – e o papel do Ministério Público. Constata-se a perplexidade que isso enseja, pois ambas as instituições compõem um todo indissolúvel – o Estado, em sua soberania. Com efeito, todo o contexto exposto se traduz em competição velada entre entes correlatos para determinar a quem cabe o verdadeiro poder.

Isso tudo ocorre pela inobservância dos ditames constitucionais. A simples atribuição à Carta Magna da importância que lhe cabe, resolveria boa parte do problema do Processo Penal atualmente. Segundo AURY LOPES JR., “O processo penal deve passar pelo filtro constitucional e se democratizar”<sup>310</sup>, e sendo, a democracia a hipertrofia do povo em relação ao Estado<sup>311</sup>, a relegitimação dessa população desacreditada acarretará significativas mudanças no quadro de suposto aumento da violência<sup>312</sup>.

Insta destacar, também, o importante papel do princípio da Supremacia da Constituição<sup>313</sup> que é inserida na lógica brasileira de maneira transversa. Isso porque a Constituição Federal de 1988 é posterior à maior parte das leis ordinárias vigentes. Com efeito, a regra deveria ser a revogação tácita de todas as previsões que confrontassem as novas diretrizes inseridas no ordenamento jurídico nacional eis que a superioridade hierárquica do regramento constitucional o indica como ponto de partida para a formulação da legislação ordinária. Contudo, no Brasil, a ordem de criação de leis foi contrária; primeiro, vieram as leis infraconstitucionais e, depois, a Constituição.

---

<sup>310</sup> Op. cit. p. 41.

<sup>311</sup> FELDES, Luciano. **Ministério Público, Processo Penal e Democracia**. In **Processo Penal e Democracia**. Organizadores MALAN, Diogo. PRADO, Geraldo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

<sup>312</sup> “Entendemos que a sociedade deve ser compreendida dentro da fenomenologia da coexistência, e não mais como um ente superior, de que dependem os homens que o integram. Inadmissível uma concepção antropomórfica, na qual a sociedade é concebida como um ente gigantesco, no qual os homens são meras células, que lhe devem cega obediência”. *Idem ibidem*.

<sup>313</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva.

Isso enseja um sério quadro de antinomias de difícil solução pela via estreita da hermenêutica e da argumentação jurídica<sup>314</sup>. O problema das leis ordinárias em vigor atualmente, o que também acontece com o Código de Processo Penal, é que foram feitas antes de restar determinado quais seriam suas bases fundamentais. Em termos corriqueiros, ‘começou-se a casa pelo telhado’. A reforma global do Processo Penal, supostamente, teria o condão de ajustar a legislação comum à constitucional, no entanto, esse objetivo, pelo menos no que tange à esfera penal, sequer está perto de ser concretizado<sup>315</sup>.

Nota-se, no texto do Novo Código de Processo Penal – PLS 156/2009 –, uma dissonância séria entre suas primeiras previsões e as disposições finais. Ao mesmo tempo em que previu iniciativas no sentido de assegurar a observância dos direitos e garantias fundamentais – por exemplo, a instituição da figura do Juiz de Garantias e a previsão expressa de adoção do modelo acusatório –, aumentou, drasticamente, as medidas cautelares coercitivas, bem como os prazos para atuações do Estado em afronta ao direito de intimidade e privacidade, sendo, exemplo, as alterações tecidas, na previsão, sobre as interceptações telefônicas<sup>316</sup>.

Ressaltado este ponto, o aspecto que deve ser considerado, quando se analisam os reflexos penais do Acordo de Leniência, está, exatamente, na inadequação do Processo Penal contemporâneo ao modelo de aumento de garantias do cidadão em face do Estado. O primeiro sinal disso se encontra na afronta ao princípio da separação de poderes, já que, muito embora haja previsão legal expressa no sentido de

---

<sup>314</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica**. São Paulo, Landy, 2001.

<sup>315</sup> A respeito da problemática da reforma global penal que se encontra em trâmite destaca-se a colaboração de MIRANDA COUTINHO em sua coletânea a respeito do PLS 156. **O novo processo penal à luz da Constituição – análise crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal**. vol. I e II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, já anteriormente referenciado; bem como o trabalho de AFRÂNIO SILVA JARDIM. **Comentários pontuais às reformas processuais civil e penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

<sup>316</sup> SÁ, Priscila Placha. **Sobre escutas telefônicas e como Jack Bauer descobre os seus segredos**. In COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grenadetti Castanho de. **O novo processo penal à luz da Constituição – análise crítica do Projeto de Lei 156/2009, do Senado Federal**. p. 85.



que, celebrado o Acordo de Leniência, a repercussão imediata e incondicional na esfera penal deveria ser a extinção da punibilidade, o Ministério Público insiste em propor ação penal contra o leniente.

As consequências dessa invasão de prerrogativas repercutem em sérios prejuízos ao instituto. O primeiro aspecto reside no fato de que a ‘bandeira’ do Acordo de Leniência está pautada na promessa de benefícios efetivos ao proponente – o prêmio. Se não, por qual outro motivo o leniente iria se expor confessando o cometimento de um ilícito econômico, principalmente, em se tratando de cartel, considerada a mais grave afronta à ordem econômica? Concluindo o raciocínio, o perdão na esfera administrativa não é suficiente para atrair componentes de cartel a delatarem a conduta.

Retoma-se, aqui, outra ponderação já esboçada anteriormente, ou seja, a insistência do Ministério Público em apresentar denúncia consubstanciada na delação feita pelo leniente não prejudica apenas este, mas acaba por refletir, diretamente, na estabilidade econômica. À medida que os Acordos de Leniência não mais impedirem a propositura de posterior ação penal e que essa notícia se torne de conhecimento dos componentes de cartel, automaticamente, todos cessarão de apresentar propostas de acordo ao Ministério da Justiça. Além disso, já que a comprovação do crime é de notória dificuldade – o que está reconhecido, inclusive, na Cartilha de Combate a Cartéis e Acordo de Leniência do Ministério da Justiça –, não será mais possível o desmanche de uma única atividade ilícita dessa natureza.

Pode-se prever, portanto, a blindagem mais intensa dos componentes de cartéis através do aumento do sigilo e os cuidados para não serem descobertos. Desta forma, o crime de cartel não será, jamais, erradicado, frustrando sobremaneira o objetivo claro – ou, no mínimo, supostamente definido – do Acordo de Leniência. O objeto final do Acordo está sendo ignorado pelo Ministério Público pelo simples anseio de fazer valer argumentos meramente formais em face do maior benefício à sociedade, ou seja, a segurança econômica e legitimar seu poder de vingador da coletividade. Reflita-se. O que é mais interessante, para a coletividade? A cessação da conduta cartelizadora – que prejudica, claramente, os consumidores – repercutindo na aplicação de multas significativas e punições corporais aos demais membros do cartel ou a punição de um único indivíduo que, inclusive, colaborou com o Poder Público?

O fato de ocorrer acordo de delação premiada é considerado por muitos como uma declaração de incompetência do Ministério Público

em não ter logrado êxito em cumprir suas funções<sup>317</sup>. Desse modo, no momento em que o Órgão Acusatório se vale de provas fornecidas pelo próprio componente de cartel para fraudar sua boa-fé<sup>318</sup> em colaborar com a atividade que deveria ser de controle estatal, está provocando, conseqüentemente, a ruptura do nexo de confiança que, supostamente, existe entre o Estado e o jurisdicionado<sup>319</sup>. Isto repercute criando um cenário de grave insegurança jurídica e pode levar à revolta coletiva pela lógica de que a proteção estatal almejada não está sendo devidamente cumprida. Acrescente-se, ainda que, nessa perspectiva, todos podem, em algum momento, se tornarem réus de ações criminais.

Configura-se, também, nítido desvio na função acusatória que enseja outra inconstitucionalidade. É facultado, ao autor, não agir de modo a produzir provas contra si mesmo – em observância ao princípio da ampla defesa e do estado de inocência – exemplos de direitos fundamentais<sup>320</sup>. Em contra partida ao que acontecia no modelo

---

<sup>317</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Edward Rocha de. **Acordos de delação premiada e o conteúdo mínimo ético do Estado**. Rio de Janeiro: Doutrina Penal – n. 344 – junho de 2006.

<sup>318</sup> Nesse trabalho a intenção jamais foi concluir pela moralidade ou não dos acordos de delação premiada, mas apenas descrever ambas as posições adotadas na doutrina. O que se está a questionar não é adequação da delação premiada com os conceitos de ordem, mas a inconstitucionalidade de propositura de ação penal pelo Ministério Público após ter sido firmado o acordo, o que repercute em inegável ilegalidade protagonizada pelo próprio órgão a quem compete a fiscalização da lei. Portanto, o trabalho se atém à análise de adequação constitucional da aplicação do instituto da delação premiada com tem sido feito, bem como dos argumentos que fundamentam a devida aplicação do instituto nos moldes da própria determinação legal.

<sup>319</sup> Essa premissa será analisada mais detidamente quando da análise do programa de leniência a partir do *venire contra factum proprium*, em uma verificação de instituto do direito privado incorporado às diretrizes do direito público.

<sup>320</sup> Neste aspecto, **AURY LOPES JR** destaca a nova lógica de carga probatória que deve ser implementada ao sistema penal contemporâneo, em conformidade com o filtro constitucional pelo qual deve passar: “A partir do momento em que o imputado é presumidamente inocente, não lhe incumbe provar absolutamente nada. Existe uma presunção que deve ser destruída pelo acusador, sem que o acusado (e muito menos o juiz) tenha qualquer dever de contribuir nessa desconstrução (direito ao silêncio – *nemo tenetur se detegere*). [...] Ao lado da presunção de inocência, como critério pragmático de solução da incerteza (dúvida) judicial, o princípio do *in dubio pro reo* corrobora a atribuição da carga probatória ao acusador”. p. 189/190.

inquisitório – com nítida ascensão a partir dos julgamentos feitos pelos Tribunais da Inquisição<sup>321</sup> presididos pelos representantes do Direito Canônico –, uma das características mais marcantes do modelo acusatório é que, até o trânsito em julgado de sentença penal acusatória, o réu é – ou, no mínimo, deveria ser – considerado inocente.

Preservando este aspecto, o princípio da ampla defesa é fortalecido, bem como fortalecida fica a atribuição da carga probatória exclusivamente ao Ministério Público, em consonância, portanto, com o princípio da presunção de inocência. Em outros termos, a absolvição deve ser regra absoluta, e a condenação, como exceção, apenas se confirma após, tendo-se esgotado todas as provas, restarem consignadas a autoria e a materialidade do fato apontado como ilícito.

Importante destacar que a prova é elemento importantíssimo de tutela do indivíduo. Somente ela tem o condão de absolver ou acusar. O uso de provas concedidas pelo leniente não apenas é inconstitucional, mas, é um ato de imoralidade da Administração Pública perante o jurisdicionado<sup>322</sup>, pois se abusa de um instituto jurídico, listando promessas vazias para, depois, fazer com que as provas fornecidas pelo leniente sejam usadas contra ele próprio. Opera-se, portanto, no modelo

---

<sup>321</sup> A respeito do tema, vale registrar a colaboração de HANS KÜNG, destacada por AURY LOPES JR.: “de quê serve abrir-se os arquivos da Inquisição dos séculos XVI a XIX se se mantêm fechados e inacessíveis os arquivos da Inquisição do século XX, que já não se culmina com a queima física senão psíquica e moral?” LOPES JR., Aury. Op. cit. p. 166. A respeito dos efeitos da pena corporal para o condenado, destaca-se também a obra de Erving Goffman: **Manicômios, prisões e conventos** na qual são explorados os reflexos pessoais que incidem sobre cada condenado, com a sua objetificação e perda de identidade como ser humano. Ainda a respeito da Inquisição, insta transcrever ponderação da autoria de JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO, muito pertinente e certa: “trata-se, sem dúvida, do maior engenho jurídico que o mundo conheceu; e conhece. Sem embargo de sua fonte, a Igreja, é diabólico na sua estrutura (o que demonstra estar ela, por vezes e ironicamente, povoada por agentes do inferno!), persistindo por mais de 700 anos. Não seria assim em vão: veio com uma finalidade específica e, porque serve – e continuará servindo, se não acordarmos – mantém-se hígido” In COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do novo juiz no processo penal**. Artigo da coletânea **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

<sup>322</sup> A respeito do tema, já se adiantam as ponderações de GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa – história de um conceito**. Revista de direito administrativo – v. 213 – outubro/novembro de 2002

de leniência que vem sido implementado<sup>323</sup>, uma verdadeira fraude: fazem-se promessas para extorquir as provas que o leniente possui ou pode obter, para depois usá-las contra ele próprio.

Aqui, já se podem esboçar as primeiras hipóteses de resposta ao questionamento desse subitem. O processo penal, diante do paradigma garantista<sup>324</sup>, tem, como sujeito direto, o próprio acusado, proporcionando-lhe autonomia e poder diante das forças do Estado. O processo em si já se configura como um direito. Para os diversos ramos do Direito, o processo é traduzido no acesso à justiça, na prerrogativa de ativar o Poder Judiciário para solucionar controvérsias que prejudiquem o jurisdicionado. No âmbito penal, portanto, volta-se também a atividade processual, para o acusado, aquele que pode ter seu direito de liberdade lesado pela imposição de pena.

Com efeito, o processo é, antes de mais nada, um meio de defesa, uma prerrogativa concedida ao sujeito de direitos, para que, participando ativamente da persecução, possa se defender das alegações colacionadas na inicial acusatória<sup>325</sup> e se manter em seu estado de inocência.

---

<sup>323</sup> SOARES, Rafael Junior. **Da impossibilidade do uso do acordo de leniência como forma de impedir o oferecimento de denúncia pelo Ministério Público**. Revista Brasileira de Ciências Criminais n. 210, de outubro de 2010.

<sup>324</sup> Sobre garantismo, importante a leitura que MORAIS DA ROSA fez de FERRAJOLI, em **Decisão Penal: a bricolage de significantes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

<sup>325</sup> Para aprimorar a posição apresentada nesta Dissertação de que o processo se presta, antes como meio de defesa e exercício de direito do jurisdicionado que, propriamente, como veículo de imposição da pena corporal e notoriedade do Estado em sua imposta posição preponderante, destaca-se a teoria do **Direito de resistência**, discutida no trabalho de JOSÉ CARLOS BUZZANELO nesta instituição. Voltada à lógica de direitos humanos e suas garantias, o autor aduz que “No curso da longa história, o conceito de resistência não encontra sempre fundamento no direito positivo, mas se apresenta ora como um instituto de direito natural, ora como uma teoria política, ligada a outra numa visão geral da natureza do Estado e dos seus fundamentos, ora como programa de ação”. Configura-se o processo, nas premissas do trabalho ora desenvolvido, um elemento a favor da resistência do povo em face do Estado, em exercício de democracia. Ao incursionar na óptica de liberdade e direitos fundamentais como mecanismo de resistência, em uma abordagem parecida com a de NORBERTO BOBBIO, já acima colacionada, prossegue afirmando que: “Ao mesmo tempo em que se discute o espaço de ação do indivíduo fora das relações do Estado, também se desenvolve a ideia de que o Estado não se submete a nenhuma

Denota-se a importância coadjuvante do procedimento. As formalidades que são exercidas na atividade processual são relegadas ao segundo plano, exatamente, pela indispensável observância das garantias constitucionais do sujeito processado criminalmente. Essa nova perspectiva indica que o argumento do Ministério Público, no sentido de ser o único legitimado à propositura da ação penal pública, indicando que o Ministério da Justiça, ao celebrar Acordo de Leniência, estaria se sobrepondo a sua autoridade é descabida, pois, se o Acordo de Leniência provoca extinção da punibilidade por força legal não há mais, sequer, motivação à propositura da ação penal.

Vencido o primeiro ponto referente à justificativa de ser, o Ministério Público, como titular absoluto da ação penal pública incondicionada, deve-se ingressar na sua suposta legitimidade privativa em firmar Acordos de delação premiada. Conforme mencionado nesse ponto referente ao Acordo de delação premiada, o Ministério Público se declara único competente à sua celebração. No entanto, não há nenhuma previsão expressa nesse sentido.

A Lei de Crimes Hediondos, precursora na previsão do Acordo que, posteriormente, foi convertido na reforma do artigo 159 do Código Penal (crime de sequestro), atém-se a indicar que a prática de sequestro por quadrilha ou bando, havendo delação de um dos comparsas e auxílio para encontrar a vítima em plenas condições físicas e emocionais, o delator terá a redução de sua pena em percentual entre um e dois terços.

A Lei da Criminalidade Organizada, por sua vez, também previu, apenas, o procedimento e os benefícios da delação premiada que poderá conceder redução de até dois terços da pena do coautor cuja “colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria”.

Como já foi exaustivamente tratado, também, no primeiro capítulo desta Dissertação, a reforma global do Processo Penal, a partir dos Projetos de Lei do Senado Federal nº 156/2009 e nº 236/2012, previu a inserção da delação premiada expressamente, deixando, contudo, mais uma vez, de designar a função de celebração do Acordo ao Ministério Público.

---

autoridade que não seja a do próprio indivíduo, isto é, se estabelece o princípio da soberania popular que todo poder emana do povo” In BUZANELLO, José Carlos. **Direito de resistência constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

Com efeito, a suposta titularidade privativa do Ministério Público não passa de uma construção feita pelos usos e costumes do cotidiano forense, não obstante não exista qualquer previsão na lei que a confirme. Ousa-se afirmar que essa construção teve, como principal mentor, o próprio Órgão Acusatório, a partir do momento em que passou a chamar, para sua competência, as mais variadas funções a fim de estabelecer seu poder de atuação, supostamente, a serviço do Estado.

Portanto, esse argumento não se funda, absolutamente, em nenhuma razão de direito, mas apenas em regras de *práxis*. Por esta via, não há mais comentários a serem feitos a respeito, sendo, simples, rechaçar essa defesa à posterior propositura de ação penal em face do leniente, eis que não há vedação, no ordenamento jurídico pátrio, à formulação de Acordos de delação premiada por outros entes além do Ministério Público. Sendo assim, a celebração da leniência entre o Ministério da Justiça – representando o Poder Executivo – e o componente de cartel que vem a público delatar a conduta ilícita é plenamente válida.

E, mesmo que houvesse comentários, suponha-se por apreço à argumentação, qualquer fundamento legal no sentido de legitimar apenas o Ministério Público para tal função, tendo-se em vista a lógica de princípios fundamentais que deve reger a aplicação das leis ordinárias, pode-se concluir que a nova Lei Antitruste estaria mais de acordo com o regramento constitucional. Assim, seria, plenamente, plausível a extensão dessa competência para garantir maior segurança jurídica ao leniente e possibilitar a concretização dos objetivos da política de combate a cartéis, no Brasil, numa perspectiva de menor onerosidade.

Vem sendo defendida a suposta indispensabilidade da assinatura do Acordo também pelo Ministério Público<sup>326</sup>. Porém, há alguns

---

<sup>326</sup> Quanto a essa possibilidade colacionada pela doutrina, THAÍS CARVALHO aponta três cenários diferentes para a celebração do Acordo de Leniência: “(a) a norma atribuiria, à SDE, a faculdade de firmar o programa DCE leniência, e este acordo, na esfera administrativa, impede que o Ministério Público ingresse com a ação criminal; (b) nega total aplicabilidade das regras do Acordo de Leniência na esfera penal e tem como fundamento o Princípio da Indisponibilidade da Ação Penal Pública; e (c) o consentimento do MP é imprescindível para a realização do Acordo e para a decretação da extinção da punibilidade” In CARVALHO, Thaís. **O direito de concorrência e suas relações com o direito penal**. Fonte: <http://jusvi.com/artigos/16050>, acesso em 10 de junho de 2013. Também nesse sentido destaca-se: RODAS, João

180

problemas. Primeiro, a assinatura precisaria ser de ambos, Ministério Público Federal e Estadual, para assegurar que não haveria propositura de ação penal posterior, já que os crimes contra a ordem econômica, não obstante sua previsão no rol de hipótese de competência da Justiça Federal – artigo 108, VI da Constituição Federal –, esta apenas é competente para processar crimes contra a ordem econômica que sejam de sua atribuição por previsão legal expressa. Com efeito, verifica-se competência estadual subsidiária<sup>327</sup>. Só essa providência, certamente, já ocasionaria considerável tumulto à celebração do Acordo, o que repercutiria na desistência do leniente.

Outro aspecto que vai de encontro à supostamente necessária participação do Ministério Público nos Acordos de Leniência é que o Acordo deveria ser secreto e firmado, exclusivamente, entre o Ministério da Justiça e o leniente, para que as provas produzidas pelo delator jamais possam ser utilizadas contra ele próprio.

Além disso, importante convencionar que o princípio da obrigatoriedade não é mais refletido em um viés absoluto, mas a partir de sua mitigação, ou seja, o Ministério Público está autorizado a não propor a ação penal dependendo de um juízo de conveniência. Assim, caso reste pacífico que o interesse coletivo estará assegurado com medida alternativa, o Ministério Público não tem obrigação de propor a ação penal pública<sup>328</sup>.

Tal postulado da mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública incondicionada se encaixa, perfeitamente, à hipótese do Acordo de Leniência, já que maior conveniência certamente existe ao administrador em utilizar as provas colacionadas pelo leniente para fins de desmanche da organização de dominação de mercado. Essa é a

---

Grandino. **Acordos de leniência em direito concorrencial: práticas e recomendações.** Revista dos Tribunais – v. 851 – setembro de 2006 – p. 29

<sup>327</sup> SALOMI, Maíra Beuchamp. **O acordo de leniência e seus reflexos penais.** p. 200 e ss.

<sup>328</sup> Sobre o tema: “Muito embora defenda-se sempre a vigência da obrigatoriedade da ação penal no direito brasileiro, é preciso admitir a lógica e o bom senso dessa argumentação, para se reconhecer assim, que o postulado dominante no processo penal pátrio é o da obrigatoriedade mitigada ou relativa da propositura de ação penal pública. Se o exame da aplicação, *hic et nunc*, da lei penal levar à conclusão de que o interesse geral será mais bem resguardado sem a persecução penal acusatória, a ação penal pode deixar de ser proposta” In MARQUES, José Frederico. **Estudos de direito processual penal.** Campinas: Millenium, 2001.

diretriz do Programa de Leniência em todos os ordenamentos jurídicos aos quais foi incorporado, e a propositura de ação penal em face do delator apenas reduz o grau de eficácia do Acordo, pois, diante de tal quadro de incerteza, ninguém irá realmente se candidatar à leniência.

Esse trabalho, desde o início, deixa cristalina a ideia de que o Acordo de Leniência deve ser absolutamente sigiloso, providência que, talvez, resolveria toda essa pendência criada pelo Ministério Público. Os termos do Acordo, as provas, e, principalmente, a identidade do leniente deveriam ser acessíveis apenas às autoridades antitruste, não sendo aceitável que um instituto que se presta a proteger o delator, possibilite total acesso aos elementos coletados com seu auxílio após a conclusão do procedimento. Isto, claramente, representa uma séria fraude do Poder Público em face do jurisdicionado. Com efeito, repisa-se a inquestionável necessidade de alterar os termos em que o Acordo vem sendo implementado no Brasil, para que não haja qualquer potencialidade de futuro prejuízo ao coautor colaborador.

Em síntese, a assinatura conjunta do Ministério Público e do Ministério da Justiça no Acordo com o leniente não teria qualquer utilidade caso o instituto fosse utilizado na sua plenitude, restando todas as informações realmente protegidas pelo sigilo que lhes cabe. Desta forma, o Ministério Público, sequer, seria informado de como as provas foram obtidas. A lei é clara em determinar que a leniência seja um Acordo bilateral, e que assim deve ser mantida. Não há qualquer previsão subsidiária trazendo o Ministério Público ao polo ativo do Acordo de Leniência.

Com efeito, em uma iniciativa de tornar o Acordo mais interessante aos componentes de cartel, dever-se-ia assegurar o sigilo absoluto das informações a respeito da pessoa do leniente e de sua contribuição. Depois de concluído o procedimento e concedido o benefício, o Ministério da Justiça, tão somente, remeteria as provas que possuísse, omitindo, logicamente a maneira como foram obtidas. Assim, somente haverá comprometimento real daqueles que se mantiveram na conduta depois da saída do leniente.

Destaca-se, antes de ingressar nas teorias que fundamentam a alegação de inconstitucionalidade de propositura de ação penal após a celebração de Acordo de Leniência, o último argumento esposado pelo Ministério Público para justificar a acusação do leniente, a suposta privatividade do Poder Judiciário em decretar a extinção da punibilidade.



Denota-se do artigo 87 da nova Lei Antitruste que, tão logo seja firmado o Acordo em âmbito administrativo – entre o leniente e o Ministério da Justiça –, o reflexo imediato e, em princípio, incondicionado deveria ser a extinção da punibilidade para fins de discussão penal a respeito da conduta. Os defensores da legitimidade do Órgão Acusatório em oferecer denúncia em face do delator insistem que compete, exclusivamente, ao Poder Judiciário, a decretação de extinção da punibilidade. Se assim for observado, a previsão legal do artigo 87 da lei mencionada acima encontraria restrição diante da separação dos poderes – regra contida no artigo 2º da Constituição Federal de 1988<sup>329</sup>.

No entanto, caso sejam exigidas ambas, a participação do Ministério Público na celebração do Acordo e a homologação judicial, para fins de concretizar os benefícios prometidos pela legislação antitruste, o Acordo de Leniência não tem o mínimo respaldo no ordenamento jurídico pátrio. Seria, mais adequado, portanto, incorporar a sua celebração ao corpo do artigo 107 do Código Penal – onde estão contidas as hipóteses de extinção da punibilidade – e colocar todo o procedimento a cargo das autoridades judiciais. Veja-se que o intuito do Programa é resguardar a participação do componente de cartel que aceite colaborar com a esfera administrativa, sem lesá-lo com todo o aparato judicial, e principalmente, isentando-o de sujeição a processo criminal.

Ademais, muito embora seja de se considerar o argumento da necessidade de decisão judicial para fins de concretização da extinção da

---

<sup>329</sup> A respeito, colhem-se as considerações de LEONARDO SICA: “O acordo celebrado e cumprido perante a SDE, pela letra da lei, impediria a ação das agências judiciais incumbidas de acionar a justiça penal, como a Polícia Judiciária e, mais precisamente, o Ministério Público. Nesse ponto, entendo que é necessário um reparo: o acordo de leniência, para resultar em efetiva extinção da punibilidade, precisa ser homologado judicialmente e sua celebração, por segurança jurídica, deve ser acompanhada por representante do Ministério Público. [...] Pela estrutura do direito e processo penal brasileiro, não há nada que obrigue a justiça penal a reconhecer como causa extintiva da punibilidade um acordo celebrado entre autor de crime e o Poder Executivo (a rigor, isso afetaria até a separação tripartida dos poderes). Por outro lado, o cidadão que se submete ao acordo de leniência tem o preceito legal lhe garantindo a extinção, o que, no mínimo, gera a expectativa legítima de usufruir o benefício” SICA, Leonardo. **Tutela penal da ordem econômica no Direito Brasileiro: comparação entre as Leis nºs 8.137/90 e 8.884/94.** In **Análise contemporânea.** Organizadores PEREIRA, Flávia Rehal Bresser; VILARDI, Celso; DIAS NETO, Theodomiro. p. 170.

punibilidade, isso não implica na necessidade de participação do Ministério Público na celebração do Acordo de Leniência juntamente com o CADE. Esta questão seria, facilmente, solucionada se fosse adotada a mesma postura quanto à homologação de título extrajudicial. Assim, após a assinatura do contrato entre Poder Executivo e leniente, o Acordo seria submetido à homologação judicial, para que tivesse efetividade na esfera judicial. Desta forma, o procedimento seguiria as regras das demais hipóteses de acordos efetuados exclusivamente no âmbito do Direito Privado.

Sendo assim, imprescindível ratificar a posição a qual este trabalho se filia, ou seja, não existe óbice à composição de Acordo de Leniência, exclusivamente, em âmbito administrativo. Como se denotará no último ponto desta dissertação, o Poder Público tem a opção de formular uma lei, porém, não há necessidade deste ato, eis que, depois de concluído seu processo legislativo, a vigência da lei deve ser absoluta e incondicional nos termos em que está colocada. Isso se coaduna à lógica de segurança jurídica no âmbito da Administração Pública; não basta que haja estabilidade da legislação, mas, acima de tudo, é indispensável que esta tenha efetividade para atuar no mundo dos fatos<sup>330</sup>.

Deve-se avaliar a noção de segurança jurídica das decisões proferidas em âmbito administrativo, eis que possuem carga decisória em igual proporção à decisão judicial. Viola a lógica de segurança jurídica, o leniente celebrar o Acordo com o Poder Executivo empenhado pela promessa de não ser submetido à via judicial, e, subitamente, ser surpreendido pela participação do aparato judicial. Desta forma, o procedimento não observa a lógica de direito premial<sup>331</sup> que circunda esse instituto.

---

<sup>330</sup> “A certeza jurídica, como já se disse, significa o seguro conhecimento das normas jurídicas, condição indispensável para que o homem tenha previsibilidade, podendo projetar sua vida e, assim, realizar plenamente seus desígnios pessoais. ‘Viver é constantemente decidir o que seremos’ – diz, com inteira procedência, Ortega y Gasset. [...] Daí, portanto, a exigência de critérios seguros e objetivos, não de aparências, para que o homem proteja sua vida. No Direito, eis o que postula a certeza jurídica”. In VALIM, Rafael. **O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 91/92.

<sup>331</sup> Sobre direito premial já se fez menção ao trabalho de MACHADO, Hugo de Brito. **A denominada sanção premial no âmbito do direito tributário**.

Ademais, passando pela constitucionalização das normas processuais penais, verifica-se que, ao celebrar a leniência, o Administrador Público – por intermédio do CADE – está cumprindo as diretrizes constitucionais de segurança jurídica e exercitando o devido processo legal constitucional, pois que a Administração Pública está aplicando, efetivamente, os ditames constitucionais à sua decisão de concessão do benefício ao leniente<sup>332</sup>.

Veja-se que, assim como o regramento processual penal deve se submeter ao crivo da Constituição Federal de 1988 para fins de higidez processual, tal ocorre, também, com todo o sistema brasileiro. Assim, basta que a legislação antitruste esteja em consonância com as balizas coligidas na Magna Carta, sendo insignificante se tais balizas se coadunam com as regras penais previstas na legislação ordinária.

A análise que precisa ser feita a respeito da validade do Acordo de Leniência tem seu cerne na conformidade, ou não, de suas diretrizes e o Texto Maior. Assim, questiona-se. A leniência, caso implementada da maneira como está prevista, no artigo 87 da Lei nº 12.529/2011, está em conformidade com o devido processo legal constitucional? Sim, pois não afronta a dignidade do leniente nem fere seus direitos fundamentais<sup>333</sup>. Contudo, na hipótese de após a celebração e

---

Revista Interesse Público – ano 12 – v. 64 – novembro/dezembro 2010. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

<sup>332</sup> JORGE, André Guilherme Lemos. **Tribunal Administrativo e supremacia da Constituição Federal – A aplicação da Constituição Federal pelos julgadores administrativos. Uma resposta dada pelo sistema jurídico a partir da obra de Mário Losano**. Curitiba: Juruá, 2013. “[...] De um lado estará a norma constitucional, a regular o caso concreto como um farol iluminando a superfície. Ao tribunal, dotado de jurisdição, compete a tarefa de apontar as luzes do farol em direção do litígio, instrumentalizado no processo, abarcando toda sua superfície. [...] As normas que sinalizam em outra direção, dissonante da ideia central, que buscaremos na Constituição Federal, devem ser, portanto, afastadas por quem detém o poder de dizer o direito aplicado ao caso concreto”. pp. 195/195.

<sup>333</sup> A discussão a respeito da congruência do programa de leniência com o regramento constitucional em relação aos demais coautores não é o tópico principal deste trabalho, não obstante aguça a crítica de sua autora para trabalhos futuros, eis que, sendo utilizadas as provas coletadas pelo leniente em face dos demais coautores, estar-se-á cerceando seu direito de contraditá-las. Nesse viés, a aclamada colaboração de MIRANDA COUTINHO a respeito da moralidade do ato do delator encontra-se no núcleo do debate. No entanto, para esta etapa da pesquisa, a crítica se restringe à propositura de ação penal em face

confirmação dos prêmios pelo Tribunal Administrativo, possa haver decisão contrária em âmbito judicial, estar-se-á diante de inexorável afronta aos regramentos Constitucionais, dentre os quais, a presunção de inocência, o direito, do leniente, de permanecer calado e, acima de tudo, afronta ao macroprincípio do devido processo legal material.

Como já discorrido anteriormente, o Acordo de Leniência acaba se revelando medida que, por vezes, favorece mais o próprio Estado que o proponente em si. Não obstante seja-lhe prometida a imunidade em ambos os âmbitos, o Estado recebe, em contra partida, não apenas a cessação da participação do leniente, o que enfraquece o núcleo da suposta ‘organização criminosa’<sup>334</sup> voltada à conduta cartelizadora, como também todas as provas que serão produzidas com a participação ativa do delator.

No momento em que se forma um cartel – uma organização de empresários para deslocar a tutela da economia do Estado para si – há o enfraquecimento do poder do Estado em regular as relações de consumo em seu benefício. Aqui, leia-se no sentido de assegurar que o Brasil seja considerado um país atrativo para o estabelecimento de multinacionais<sup>335</sup>. Exatamente por isso, o cartel é um ato considerado

---

do delator após sua colaboração e deferimento dos benefícios pelo Tribunal Administrativo e a inconformidade dessa prática com os fundamentos do devido processo legal substantivo.

<sup>334</sup> Faz-se referência à organização criminosa apenas acompanhando a lógica legislativa. Contudo, conforme se infere de um panorama global desta Dissertação a ascensão da categoria ‘crimes contra a ordem econômica’ deu-se devido a um fenômeno de consagração da economia e do mercado como assuntos sobre os quais o Estado tem interesse de tutelar. A partir dessa construção seria possível, inclusive, defender a descriminalização dos ilícitos econômicos, e sua conversão em meros ilícitos administrativos – tema que já foi abordado no capítulo anterior.

<sup>335</sup> A respeito: “A mais abalizada doutrina preceitua que esses acordos celebrados entre empresas concorrentes e que visam a neutralização da concorrência são os denominados cartéis, caracterizados pelo ajuste entre agentes, que conservam, apesar desse acordo, suas independências administrativa e financeira, com a finalidade de eliminar ou diminuir a concorrência, conseguindo o monopólio em determinado setor da atividade econômica” SALOMI, Maíra Beuchamp. **O acordo de leniência e seus reflexos penais**. Op. cit. p. 102. A partir dessa construção sobre as finalidades do cartel e a maneira como é formulado pelos empresários concorrentes, pode-se aferir que, uma vez dominado determinado mercado por um grupo de

tão grave pela Administração Pública, eis que ele reduz a importância do Estado na regulação do mercado a seu favor, utilizando, como justificativa, a suposta preocupação com a proteção de direitos metaindividuais – como o dos consumidores.

Contudo, o que se ignora é que essas justificativas para propor a ação penal, valendo-se das provas produzidas pelo leniente (e que restarão usadas contra si próprio) para fins de obtenção do benefício que lhe é prometido, revelam um ato autoritário e, até mesmo, sem sentido, eis que, supostamente, os maiores prejudicados pelo monopólio do mercado seriam os cidadãos, consumidores do produto comercializado.

Dentre as desculpas atentamente esculpidas pela doutrina, naturalmente influenciada pelo crescente papel de destaque do Ministério Público, há a desculpa de que o único titular para decretação da extinção da punibilidade seria o Magistrado. Desta maneira, a leniência encontraria barreiras pela invasão de prerrogativa de funções do Poder Judiciário. Constata-se, no entanto, que esta desculpa é a que menos se reforça sob a égide do regramento penal contemporâneo.

Assim, é possível esboçar uma sugestão de modelo para o procedimento mais acertado em relação ao Acordo de Leniência. Em primeiro momento, a proposta seria apresentada pelo componente de cartel à Superintendência-Geral do CADE. Dar-se-ia, com este ato, início ao procedimento, sendo apontados os termos em que se fundaria o Acordo e de que modo o leniente poderia colaborar ativamente na persecução administrativa, explicando todos os critérios e detalhes a respeito do Programa para que sejam, devidamente, compreendidos pelo leniente. Até este momento, o procedimento transcorreria sob o mais absoluto sigilo, de modo que, nem os demais coautores da conduta nem o Ministério Público interferissem. Uma vez adquiridas todas as provas consideradas suficientes para o desmanche do cartel e punição dos demais membros do cartel, o Tribunal Administrativo concederia a imunidade assinando o Acordo, e remetendo seus termos à homologação judicial o que, por si só, teria eficácia de decisão final, eis que o Estado se encontra, também, representado Poder Executivo.

Essa lógica de que, para regularizar o procedimento do Programa de Leniência, seria indispensável a assinatura e anuência do Ministério Público para que, depois, possa ser homologado judicialmente em ato posterior à decisão administrativa, ignora que o Estado é uno e está,

devidamente, representado por todas as suas instituições. Assim, tanto o Ministério Público quanto o Poder Judiciário estão devidamente representados na atuação do Tribunal Administrativo que, nesta hipótese do Acordo de Leniência, se manifestaria pelos três Poderes.

Complementando a linha de raciocínio deste ponto, na hipótese de passar a ser exigido o aval do Poder Judiciário, sugere-se que a homologação seja feita tão só como forma de trasladar os efeitos da decisão administrativa ao âmbito judicial, sem que seja admitida a alteração dos termos do que já foi decidido pelo CADE. De outra forma, o jurisdicionado, somente, teria efetiva certeza de seu destino após o reexame da matéria pelo Poder Judiciário o que feriria o princípio da segurança jurídica<sup>336</sup>, e, conseqüentemente, o devido processo legal constitucional.

Resta incontestável que, nesse modelo ora proposto, a participação do Ministério Público é absolutamente dispensável, ou melhor, desnecessária. Mesmo que seja exigida a homologação judicial, o Acordo estaria devidamente firmado nos termos da lei – havendo a concessão de imunidade administrativa – e aquela medida judiciária apenas teria a atribuição de dar validade à decisão do Tribunal Administrativo na esfera do Poder Judiciário partindo-se do pressuposto de que o Estado é uno, e a decisão de uma instância não pode ser rechaçada por outra.

Também é importante deixar consignado que a única resistência deste trabalho à implantação da leniência estaria, antes, baseada na falta de certeza, por parte do leniente, no sentido de não haver garantias de que o Estado cumpriria sua parte no Acordo – assegurando-lhe sua segurança por meio do sigilo – do que, propriamente, na suposta usurpação de função praticada pelo Ministério da Justiça em face de prerrogativas do Ministério Público. Vale destacar, uma vez mais, que não existe qualquer previsão no ordenamento jurídico atual que aponte o Ministério Público como legitimado exclusivo à concretização de

---

<sup>336</sup> “Em verdade, a segurança jurídica de que cuidamos é a segurança do Direito, que poderíamos nominar de concepção contemporânea deste princípio. Trata-se de um mecanismo autocorretor do Estado de Direito, que, como já foi vista na ‘Introdução’ deste estudo, foi vítima de seu próprio sucesso. Diante da complexidade crescente da ordem jurídica, é forçoso um conjunto de normas que provejam a necessidade de segurança do próprio sistema jurídico. É justamente sob o pálio do princípio da segurança jurídica que se aglutinam tais normas”. In VALIM, Rafael. **O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 45.

acordos de delação premiada, não existindo, assim, existe óbice real à celebração de acordos dessa natureza pelo Ministério da Justiça. Ademais, a celebração, caso sejam devidamente observados os direitos constitucionais do leniente, não encontra barreira na única previsão que poderia rechaçar a medida: a Constituição Federal de 1988.

Nos termos do relevante trabalho de MAÍRA BEUCHAMP SALOMI, “o acordo de ‘abrandamento’, ao invés de representar um estímulo à delação e à consequente destruição da ação criminosa dos cartéis, tem se revelado fator de inestimável risco ao delator, provocando uma indesejada insegurança jurídica”<sup>337</sup>. Noutros termos, se há justificativa que possa provocar dúvidas a respeito do potencial do instituto é a de que não há, na verdade, qualquer garantia ao leniente de que terá suas prerrogativas assistidas pelo Estado ou de que, efetivamente, terá sua identidade protegida dos demais coautores que, posteriormente, poderão vir a boicotá-lo no reingresso ao mercado.

O centro desta polêmica, na verdade, está, pontualmente, na relatividade do sigilo conferido ao Acordo. O fato de o Ministério Público ter acesso às provas e elementos que motivam a medida, bem como a autorização de divulgação do procedimento e seus detalhes após a concessão da leniência pelo Tribunal Administrativo são os grandes perigos que ainda rondam a efetividade da medida no Brasil<sup>338</sup>.

Prossegue, SALOMI, aduzindo que, ao deixar o leniente à mercê de represálias tanto por parte dos demais componentes do cartel quanto do Ministério Público que poderá utilizar as provas coletadas com a participação ativa do delator contra ele próprio em propositura de ação penal, não tem, sequer, sentido mínimo a adoção do Programa de Leniência pelo Brasil.

Na hipótese de o leniente não se sentir seguro de que logrará êxito na obtenção dos benefícios penais do instituto ou não compreender os termos e a lógica do Programa de Leniência quanto aos seus requisitos, condições e reflexos na esfera penal, por certo o proponente optará pela via mais

---

<sup>337</sup> SALOMI, Maíra Beuchamp. **O acordo de leniência e seus reflexos penais**. Dissertação apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012. p. 185.

<sup>338</sup> A respeito da relativização do sigilo, já houve manifestação no capítulo II desta Dissertação.

cômoda e, para ele, mais garantida – da permanência na atividade ilícita, sem a comunicação às autoridades antitruste. Isto porque, é inexorável que a confissão daquele que participa no delito de cartel poderá transformar-se em instrumento autoincriminatório. Logo, sem a certeza da concordância da Secretaria de Direito Econômico com o acordo de leniência e a extinção da punibilidade na esfera penal como consequência, a confissão passa a representar prova robusta para a propositura de uma ação penal.(SALOMI, ano, p.)

Com efeito, denota-se que o principal fator deslegitimador do instituto é, precisamente, a falta de garantia do leniente de que o Estado cumprirá sua parte no Acordo. A grande problemática que circunda a falta de atrativos do instituto se encontra, muito mais, na falta que a leniência fará para o Estado já que a persecução de crimes de cartel restará obstada pela difícil configuração do ilícito. Muito embora já haja grande dificuldade em fazer o instituto dar certo, o Ministério Público ainda piora situação do Acordo de Leniência; já não bastasse a falta de segurança que recai sobre o instituto, o Órgão Acusatório agrava o cenário de possibilidades de implementação do Programa<sup>339</sup>.

Além disso, serve, de barreira, à fixação definitiva do instituto no ordenamento brasileiro, a sua obtusa previsão e a imprecisão de seus requisitos. Por esta razão, de acordo com MAÍRA BAUCHAMP, não compreendendo, perfeitamente, em que implicará sua participação na investigação criminal, o envolvido em cartel preferirá se manter na conduta ilícita que delatá-la ao Poder Público, eis que não conseguirá visualizar, efetivamente, os benefícios de sua exposição pública. Quando é previsto que, para a obtenção dos benefícios oferecidos, é imprescindível a participação do leniente na produção de prova e auxílio na identificação dos demais coautores, a primeira dúvida paira, exatamente, sobre a natureza da prova que será considerada suficiente, pelo CADE, para a concessão das imunidades. Pode ocorrer que, chegando ao final do procedimento e mesmo tendo o leniente colaborado para a investigação de forma ativa, as autoridades antitruste julguem, insuficiente, o papel do proponente e lhe negar os benefícios.

---

<sup>339</sup> Aqui vale destacar a já colocada ponderação de que, conforme a doutrina contemporânea a qual este trabalho se filia, o Ministério Público é sempre parte no que tange à ação penal pública.



Assim, trata-se claramente de um instituto delicado em sua essência, pois delega um alto grau de subjetividade e discricionariedade<sup>340</sup> aos órgãos de defesa da concorrência que, por esta via, passam insegurança jurídica aos proponentes. Deste modo, com o passar do tempo e a influência nociva do Ministério Público, o instituto virá a perder, gradativamente, a força.

É visível, como se tornou prática corriqueira no Direito Penal brasileiro, o uso de conceitos indefinidos que, naturalmente, aumentam a atuação do ente responsável por tomar a decisão no caso concreto<sup>341</sup>. No âmbito do combate ao cartel, não havendo previsão específica sob qual critério de medida será avaliada a atuação suficiente, ou não, do leniente, menos pessoas procurarão o Programa, já que não terão qualquer garantia de que, ao final do procedimento, lograrão êxito em obter os benefícios prometidos.

Complementando a crítica exarada, cabe destacar que, muito embora haja o sistema de senhas, ou *marker system*, não há como garantir seu perfeito funcionamento eis que não foram estabelecidos

---

<sup>340</sup> “Vale lembrar que o primeiro modelo norte-americano de acordo de ‘lenidade’ fracassou exatamente devido ao elevado nível de subjetivismo e discricionariedade do Departamento de Justiça no momento de conceder anistia, sofrendo intensa modificação em 1993. Ao seguir o mesmo caminho, a União Europeia submeteu seu Programa de Leniência, em 2002 a uma profunda reforma, buscando torná-lo mais atraente e eficaz; erradicou fórmulas discricionárias aumentando as possibilidades dos infratores de obterem imunidade penal” Op. cit. p. 187.

<sup>341</sup> O que acontece, por exemplo, com o conceito de ordem pública para fins de imposição de prisão preventiva, a respeito da qual AURY LOPES JR. discorreu em seu **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medias cautelares diversas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. “Muitas vezes a prisão preventiva vem fundada na cláusula genérica ‘garantia da ordem pública’, mas tendo como recheio uma argumentação sobre a necessidade de segregação para o ‘restabelecimento das instituições’. É uma falácia. Nem as instituições são tão frágeis a ponto de se verem ameaçadas por um delito, nem a prisão é um instrumento apto para este fim, em caso de eventual necessidade de proteção. Para além disso, trata-se de uma função metaprocessual incompatível com a natureza cautelar da medida. Noutras dimensões, é preocupante – sob o ponto de vista das conquistas democráticas obtidas – que a crença nas instituições jurídicas dependa da prisão de pessoas. Quando o poder público precisa lançar mão da prisão para legitimar-se, a doença é grave, e anuncia um grave retrocesso para o estado policialesco e autoritário, incompatível com o nível de civilidade alcançado”. p. 89.

critérios a respeito do significado de ser o primeiro a se inscrever. Ademais, cogitando-se a hipótese de um segundo candidato apresentar proposta mais rentável às autoridades antitruste, não seria mais coerente lhe conceder a preferência, tendo em vista os objetivos do programa? Constata-se, todas essas variáveis se resumem a uma constante, a falta de clareza da utilização do instituto no Brasil. Num primeiro olhar, parece mais coerente, simplesmente, desistir de sua implementação e admitir que não seria viável, no ordenamento brasileiro, o uso de tal medida pela falta de tradição do *plea bargain*.

O que acontece é a importação de institutos tradicionalmente incorporados em sistemas de *Common Law* para o ordenamento brasileiro, desconsiderando todas as diferenças que perpassam pelos dois modelos legais. Deve-se considerar a nítida tensão existente entre o Direito Continental e o modelo Anglo-Saxão de onde veio a iniciativa de formular o Programa de Leniência<sup>342 343</sup>.

---

<sup>342</sup> MORAIS DA ROSA trata do assunto com precisão: “Os institutos próprios de cada um dos Sistemas acabam sendo intercambiados sem a devida aproximação democrática, isto é, as novidades legislativas, como se verá, são implementadas em tradições filosóficas distintas, daí a perplexidade de muitas das alterações legislativas recentes. Não se trata de reconhecer que a tradição Continental é melhor ou pior, dado que esta discussão é inoperante. O que importa é que as tradições implicam práticas e modos de pensar diferenciados. Enquanto no modelo Continental a formalidade acaba sendo uma garantia, diante de uma compreensão diferenciada de processo como procedimento em contraditório, no modelo Anglo-Saxão se reconhece uma função coletiva, vinculada ao interesse público. Dito de outra forma, o processo possui um interesse coletivo que sobreleva a tradição de garantias individuais, não obstante se confunda com processos autoritários. O que se altera, no contexto anglo-saxão, é a noção de processo coletivizada e não individualizada. Assim, a eventual punição do agente ocupa lugares diversos na tradição, especialmente em face das ditas finalidades da pena, consoante se verá”. In **Processo penal eficiente e ética da vingança – em busca de uma criminologia da não violência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. pp. 10/11. Nessa perspectiva, mostra-se porque é mais simples conceber o instituto da *plee bargain* no ordenamento Norte-Americano, bem como a proposta do Acordo de Leniência como veio delineada. A complexidade de cada modelo tem suas peculiaridades, por este motivo, deve haver um diálogo entre ambos para que seja conveniente a importação de conceitos e propostas de um para o outro. É a esse diálogo que o presente trabalho se propôs.

<sup>343</sup> A respeito, também se destaca o trabalho de DIOGO MALAN no livro **Direito ao confronto no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

Não basta a incorporação de um instituto de um modelo Anglo-Saxão para o modelo Continental sem as devidas adaptações. Cabe, portanto, ao operador do Direito, refletir sobre o instituto a partir da baliza máxima a sua implementação adequada, a Constituição da República de 1988. Estando a atuação das autoridades antitruste e o procedimento em consonância com o devido processo legal constitucional, poderá haver a adoção da medida sem maiores problema. Este é o exercício indispensável à concretização do Acordo de Leniência no sistema brasileiro.

Do modo como restou delineado, o modelo brasileiro do Acordo de Leniência se encontra fadado ao fracasso, eis que os requisitos, à sua concessão, são nebulosos e imprecisos, e o risco de cooperar com o poder público e, ao final, ter negada a imunidade almejada, coroa a imperfeição da implementação da medida no ordenamento brasileiro por se denotar a indiscutível afronta aos princípios basilares determinados pela Magna Carta.

Pontualmente, por defeitos como esse, o modelo do Acordo de Leniência no Brasil ainda não se estabeleceu como medida real de combate aos crimes cometidos contra a livre iniciativa, pois que, o prêmio, supostamente, oferecido resta prejudicado pela obtusidade dos requisitos à concessão da medida<sup>344</sup>. Contudo, a medida já encontrou guarida em outros ordenamentos estando, assim, confirmada sua efetividade ao combate de crime dessa natureza o que aponta não ser coerente desistir do instituto. Somente, pende uma reforma em seus princípios, como ocorreu, também, no modelo Norte-Americano e Europeu, pensá-lo a partir das garantias individuais do sujeito de direitos. O Acordo, antes de ser uma garantia do Estado de que conseguirá erradicar o crime de cartel, deve ser visto como meio de defesa do leniente em face dos demais coautores e do próprio Estado, não sendo lícito usar as provas coletadas com o auxílio leniente para comprometê-lo criminalmente.

Os Estados Unidos da América, ao instituir seu modelo da Política de Leniência que restou reformada em 1993 com o intuito de se

---

<sup>344</sup> “Não à toa, DANILO FERRAZ CÓRDOVA e MARIANA REBUZZI SARCINELLI LOPES entendem que a redação confusa da lei desencoraja os supostos infratores a aderir ao programa, ressaltando que, com a regulamentação vigente, foram escassos os acordos de leniência firmados com a Secretaria de Direito Econômico, de maneira que é evidente a necessidade de revisão de suas normas para que tenha mais eficiência” In SALOMI, Maíra Beuchamp. Op. cit. p. 192.

adequar a essas premissas, passou a exigir, para a concretização do Acordo, maior nível de transparência e objetividade<sup>345</sup>. Sobre o assunto, já destacou JULIANA GIRADELLI VILELA:

A divisão antitruste dos Estados Unidos da América considera que deve haver transparência, sobretudo no seguintes aspectos: (i) critérios transparentes para iniciar as investigações (ii) critérios transparentes para decidir se deve ou não ser apresentada acusação criminal; (iii) transparência no processo; (iv) transparência na negociação do acordo; (v) transparência na aplicação das sentenças e no cálculo das multas; (vi) transparência da aplicação do acordo de leniência<sup>346</sup>.

Com efeito, a verdadeira razão que poderia ensejar o enfraquecimento da medida seria a falta de segurança mínima ao próprio leniente em ver os benefícios oferecidos, efetivamente, atendidos pelas autoridades antitruste, diante da obtusidade dos critérios apresentados, fragilidade do procedimento e falta de transparência, bem como a relatividade do sigilo supostamente deferido.

Com foco nessa problemática, configura-se, não apenas, ilegítima, a atuação ministerial posterior à celebração do Acordo apresentando denúncia em face do leniente e valendo-se, para tanto, das provas coletadas com o inexorável auxílio deste, mas, acima de tudo, inconstitucional e, por esta razão, deve ser repudiada pela prática cotidiana.

Para fins de aprimorar as consequências minuciosamente construídas, far-se-á, na próxima etapa deste trabalho, uso de teorias destacadas tanto no Direito Penal – como a tipicidade conglobante de ZAFFARONI – quanto em outros âmbitos do Direito, valendo-se, por

---

<sup>345</sup> Importante deixar consignado que este trabalho não aponta o modelo Norte-Americano como ideal, apenas utiliza diretrizes positivas como instrumento de retórica. Jamais seria ideal a implantação de um modelo cujo viés está permeado pela lógica da eficiência e do utilitarismo no ordenamento pátrio, em que o processo é pensado como instrumento de garantia da aplicação da Constituição. Deve-se refletir o instituto não partindo dos demais modelos, o que já se deixou evidente até então, mas a partir da Magna Carta.

<sup>346</sup> VILELA, Juliana Girardelli. Op. cit. p. 206.

certo, do híbrido defendido por HASSEMER, e afirmado no primeiro capítulo deste trabalho. Tais teorias foram utilizadas para introduzir a teoria do *venire contra factum proprium* originada no Direito Privado, mas de adaptação possível à realidade do Acordo de Leniência para fins de defender as prerrogativas do leniente em face do Estado.

### **3.3. A TIPICIDADE CONGLOBANTE E O *VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM* COMO ARGUMENTOS CRÍTICOS À DISSONÂNCIA DO ACORDO DE LENIÊNCIA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL CONSTITUCIONAL**

Encerrada a análise a respeito da coerência, ou não, do Acordo de Leniência com a Constituição da República de 1988, conclui-se, preliminarmente, que, para que houvesse conformidade, deveria ser assegurada a implementação deste instituto nos termos do artigo 87 da Lei nº 12.529/11, isto é, sem a participação do Ministério Público e sem exigência de homologação judicial. Insta, aqui, adentrar em argumentos pertinentes de defesa do leniente em face das imposições que o Programa vem sofrendo.

Conforme já discorrido em outro momento com observância à doutrina recente<sup>347</sup>, há quem defenda a necessidade de anuência do Ministério Público para legitimar a celebração de Acordos de Leniência, ao argumento de que se estaria inobservando o princípio da obrigatoriedade de apresentação de denúncia na ação penal pública incondicionada. Também, e ao contrário, existem argumentos no sentido da necessária leitura desse princípio em sua forma mitigada, de modo que, caso não haja conveniência na iniciação de um processo penal<sup>348</sup> não seja realmente obrigatório ao Ministério Público apresentar a exordial acusatória.

Com efeito, este último ponto é voltado a discorrer a respeito dos argumentos técnicos que circundam a desnecessária intervenção tanto do Ministério Público quanto do Poder Judiciário, para reforçar a aplicação

---

<sup>347</sup> SOARES, Rafael Junior. Op. cit. para Revista Brasileira de Ciências Criminais n. 215, de outubro de 2010.

<sup>348</sup> Aqui refletindo a partir de um juízo de adequação e oportunidade a partir do caso concreto, admitindo-se que o Ministério Público aja antes como parte que como fiscal da lei. Neste diapasão seria aceitável que o Órgão Acusatório analisasse concretamente a imprescindibilidade da proposição da ação penal, ou se a controvérsia que eventualmente ensejaria a movimentação do aparato punitivo estatal pode ser remediada por outras alternativas menos onerosas.

do instituto da maneira como veio previsto pela Legislação Antitruste com o fim de adequá-lo às diretrizes da Magna Carta e possa encontrar sucesso em sua adaptação ao ordenamento brasileiro.

### **3.3.1. A tipicidade conglobante de Zaffaroni como prova da incompatibilidade da apresentação de denúncia contra o leniente após a celebração do acordo de leniência e o devido processo legal constitucional.**

Concluiu-se, no tópico anterior, que a apresentação de denúncia – inserindo o leniente como sujeito passivo da ação penal – após a celebração do Acordo de Leniência é vedada pelo regramento constitucional contemporâneo. Com a vigência da Carta Magna de 1988, o paradigma do ordenamento nacional muda seu cunho autoritário, reforçado por vinte e um anos de regime militar, voltando o foco da tutela estatal aos direitos e garantias de cada indivíduo, e, teoricamente, afastando-se da ideia de segurança pública.

A Constituição, portanto, torna-se um meio de defesa do jurisdicionado em face do Estado, ou, nas palavras de BUZANELLO<sup>349</sup>, fomenta o direito de resistência de cada indivíduo que compõe o corpo social perante as arbitrariedades do poder estatal<sup>350</sup>.

Frente a isso, o Processo Penal passa a ser pensado como meio de defesa do sujeito de direitos, não sendo mais tratado, exclusivamente, como o procedimento obrigatório para a imposição da pena<sup>351</sup>. Com a

---

<sup>349</sup> BUZZANELO, José Carlos. **Direito de resistência Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

<sup>350</sup> “O problema constitucional do direito de resistência está na garantia da autodefesa da sociedade, na garantia dos direitos fundamentais e controle dos atos públicos, bem como na manutenção do contrato constitucional por parte do governante. O direito de resistência, entendido como garantia individual ou coletiva regida pelo Direito Constitucional, está a serviço da proteção da liberdade, da democracia e também das transformações sociais, na medida em que governantes e governados estão sujeitos ao Direito [...]”. Op. cit. p. 183.

<sup>351</sup> LOPES JR., Aury. **Introdução crítica ao processo penal – fundamentos da instrumentalidade constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. Para o autor “não devem existir pudores em afirmar que o processo é um instrumento”, assim, o devido processo legal é postulado obrigatório à imposição da sanção ao sujeito pelo Estado. Destaca, também, que o processo “constitui uma instância formal do controle do crime”, convertendo-se em instrumento de catalogação e etiquetamento do indivíduo, para fins de projetar

lógica de carga probatória depositada no Órgão Acusatório em função da premissa de manutenção do estado de inocência do acusado, avigora-se o princípio da presunção de inocência<sup>352</sup>, um dos corolários do novo processo penal constitucional<sup>353</sup>.

A mudança do sistema inquisitorial para o acusatório<sup>354</sup>, não mais se concentrando o poder de imputar (acusar) e de decidir a respeito da coerência da imputação em um mesmo sujeito processual, de uma vez por todas, corrobora e enaltece o novo momento de respeito às prerrogativas do cidadão, convertendo a lógica de igualdade formal em material<sup>355</sup>. Do contrário, estar-se-ia expondo o cidadão à mercê das

---

seu afastamento social. A respeito, também se destaca a colaboração de NILS CHRISTIE, em **A indústria do controle do crime**.

<sup>352</sup> Para LOPES JR. verifica-se a qualidade do sistema processual na medida em que o princípio da presunção de inocência resta observado pelas instâncias de poder. Op. cit. p. 185

<sup>353</sup> “Expressão do constitucionalismo liberal, o constitucionalismo surge como uma doutrina de limitação do poder do Estado. Como consequência, desde as suas origens, sempre foi da essência da Constituição a separação de poderes e a garantia dos direitos. Ao longo dos séculos, o elenco de direitos tidos como fundamentais ampliou-se significativamente, para incluir, além dos direitos políticos e individuais, também os direitos sociais e coletivos. Ademais, as Constituições passaram a abrigar princípios fundamentais e fins públicos relevantes (programas de ação política)”. In BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 82.

<sup>354</sup> Deve-se lembrar que, para MIRANDA COUTINHO, existe ainda a manutenção de um sistema inquisitório velado, pois o núcleo fundante do modelo processual penal brasileiro se encontra estabelecido em premissas inquisitórias. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Op. cit.

<sup>355</sup> Na perspectiva do devido processo legal substantivo ou constitucional, não bastava mais o conceito de igualdade formal – aquela perante a lei, mas se viu a necessidade de aprimorar o conceito de liberdade na lei – este chamado de igualdade material. A primeira assegura que todos sejam tratados igualmente perante a lei, “todavia, não basta, para satisfação da exigência de igualdade, que a lei seja aplicada de maneira uniforme” MATTOS, Sérgio Luís Weltzel de. **Devido processo legal e proteção de direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. Para que haja efetiva igualdade, não basta a unificação do tratamento despendido a cada sujeito de direitos, mas que sejam projetados os seus direitos fundamentais. “Portanto, o legislador e o órgão judicial estão encarregados da satisfação da igualdade das partes. Neste sentido, a igualdade das partes importa, por um lado, ‘interdição ao juiz de fazer distinção entre situações iguais, ao aplicar a lei’, e, por outro, ‘interdição ao legislador de editar

instituições de controle. Seria, em outras palavras, a manutenção de um estado autoritário ocultado pela ilusão da segurança jurídica<sup>356</sup>, supostamente, proporcionada pelo Estado e um falso estado de direitos e liberdades individuais<sup>357</sup>.

Com efeito, passa-se a admitir o devido processo legal substantivo como superprincípio que incorpora, ao seu núcleo, outros princípios como o do juiz e o promotor natural – repúdio a tribunais de exceção; a isonomia – entendida como paridade de armas; a ampla defesa e o contraditório – corolários do direito de defesa do réu; a situação jurídica de inocência – que só é alterada pela comprovação da culpabilidade e materialidade pelo Ministério Público, a quem incumbe a carga probatória.

O presente trabalho é, portanto, construído sobre essas bases fundamentais, o que leva a questionar os moldes nos quais o Programa de Leniência foi feito talhado no Brasil. É previsto, expressamente, pelo legislador – precisamente, no artigo 87 da Lei nº 12.529/2011 – que o reflexo penal do Acordo de Leniência é, durante suas tratativas, a suspensão do prazo prescricional e o impedimento de oferecimento de denúncia. Depois de celebrado o Acordo e homologado pelo Tribunal Administrativo, a extinção da punibilidade deveria ser automática. No

---

leis que possibilitem tratamento desigual a situações iguais ou tratamento igual a situações desiguais por parte da Justiça”. Op. cit. p. 210. Parte, portanto, a igualdade, da premissa de garantia de direitos, saindo de seu viés exclusivamente formalista.

<sup>356</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Op. cit.

<sup>357</sup> Nas palavras de MIRANDA COUTINHO ao prefaciар o livro de AURY LOPES JUNIOR, os patrocinadores da ilusão da segurança enganam os cidadãos, diariamente, com um pernicioso discurso de pseudo-constitucionalismo, faz pensar, e acreditar, que a ditadura acabou e que a democracia irrompeu incólume, translúcida, de um período de terror absoluto. A mesma polícia que matava e sumia com cidadãos durante o período ditatorial impõe a lógica de segurança e cria a ilusão de que agora, sim, os direitos de cada qual se encontram plenos. Cada vez que se invade uma comunidade sob a ardilosa justificativa de humanização – como os portugueses fizeram ao chegar às terras brasileiras, catequizando, humanizando os índios, povo “inferior” – a história se repete, e ninguém se dá conta de que, escondido, o aparato estatal é uma falácia construída para fins de manutenção de poder – este, aqui, traduzido em força. Como disse o mestre: “Parecem pavões, com belas plumas multicoloridas, mas os pés cheios de craca”. In LOPES JR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal – fundamentos da instrumentalidade constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. XX.



entanto, na prática, vem-se admitindo a apresentação de denúncia posterior à concretização do contrato de leniência, o que vai de encontro às já apontadas premissas do devido processo legal constitucional.

Em outras palavras, o Estado prevê, de forma clara, um benefício ao leniente – mesmo porque a lógica que fundamenta o direito premial é, precisamente, a concessão de uma recompensa atraente que justifique a atuação do autor de um ilícito em favor do Estado. Esta contraprestação concedida ao leniente, segundo o texto da nova Lei Antitruste, não se encontra submetida à participação do Ministério Público no Acordo.

Segundo a teoria da tipicidade conglobante, introduzida por ZAFFARONI<sup>358</sup>, a partir da previsão do artigo 87, parágrafo único, da nova lei de defesa da concorrência, a conduta do leniente ao participar da organização criminosa voltada ao domínio do mercado carece de elemento constitutivo do crime. Para que haja crime pressupõe-se exista previsão legal (tipicidade), bem como antijuridicidade e a culpabilidade do indivíduo<sup>359</sup>.

A título ilustrativo, carece de tipicidade a conduta de agente público que acaba por ceifar a vida de um indivíduo no exercício de sua função de tutela à ordem pública, em função da existência de excludente prevista no artigo 23, III do Código Penal<sup>360 361</sup>. Da mesma forma, a conduta do leniente é considerada atípica após a celebração do acordo

---

<sup>358</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro**. v. 1. 7. ed. São Paul: Revista dos Tribunais, 2007. pp. 395/398.

<sup>359</sup> WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. e CIRINOS DOS SANTOS, Juarez. **Direito penal – parte geral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

<sup>360</sup> ZAFFARONI se opõe à parcela da doutrina que defende que nas hipóteses do artigo 23 do Código Penal haveria causa de justificação – de modo que a conduta careceria de antijuridicidade mas haveria, sim, tipicidade. Para ele a “tipicidade implica antinormatividade (contrariedade à norma) e não podemos admitir que na ordem normativa uma norma ordene o que outra proíbe” Op. cit. p. 395.

<sup>361</sup> O mencionado dispositivo de lei é claro em indicar que agindo o autor de conduta que se subsuma a uma figura prevista na parte especial do Código Penal em legítima defesa, estado de necessidade e estrito cumprimento do dever legal não haverá crime. Em outras palavras, na hipótese de cometimento de figura descrita como típica a sua consumação em uma das hipóteses dantes elencadas afastaria a tipicidade – um dos elementos constitutivos do crime.

porque ele executou tal faculdade, resguardado por uma norma autorizadora que lhe assegura determinada prerrogativa: a imunidade.

Assim, o fenômeno que se verifica nessas hipóteses poderia ser traduzido como uma exceção, expressamente, no regramento penal que indica que, em determinadas hipóteses, não obstante reste configurada a conduta descrita na parte geral como crime, não será assim considerada pelas condições específicas em que se deu a atuação do sujeito ativo.

Remetendo essa teoria para ao cenário específico do Acordo de Leniência, no momento em que o legislador, na sua atividade de representação do Estado, afirma, categoricamente que, em havendo celebração de Acordo de Leniência entre o componente de cartel que se dispõe a cooperar e o Ministério da Justiça – por meio da Superintendência-Geral, com decisão final submetida ao crivo do CADE – a punibilidade do mencionado componente restará extinta, eis que não existe a possibilidade de que, em um mesmo ordenamento, haja previsão contrária a essa determinação.

Para ZAFFARONI *“as normas jurídicas não ‘vivem’ isoladas, mas num entrelaçamento em que umas limitam as outras, e não podem ignorar-se mutuamente”*. Nesta perspectiva tem-se que havendo autorização expressa ao acordo de leniência, aquele que cumpre as diretrizes estabelecidas pela legislação antitruste deverá contar a proteção que lhe é prometida em prêmio à delação. É antinômica a previsão de possibilidade de propositura de ação penal contra o leniente, pois existe uma norma que o incentiva a delatar o cartel e o promete que não haverá represálias.

Assim, a incriminação que decorre da narrativa protagonizada pelo delator não pode ser utilizada contra ele, porque lhe é assegurado que ele será imunizado em troca de sua contribuição.

Em outros termos, a apresentação da exordial acusatória encontraria óbice concreto no regramento antitruste, configurando a atuação do Ministério Público em sobreposição aleatória a uma autorização legal expressa em contraponto aos critérios formais e tecnicistas para corroborar sua atuação verdadeiramente antijurídica<sup>362 363</sup>.

---

<sup>362</sup> Sendo antijurídico tudo aquilo que afronta a legislação vigente, a atuação do Ministério Público em passar por cima da disposição taxativa do artigo 87, parágrafo único, da Lei nº 12.529/2011 é, sim, antijurídica. Para WELZEL antijuridicidade “é a contradição da realização do tipo de uma norma proibitiva com o ordenamento em seu conjunto” WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal – uma introdução à doutrina da ação finalista**. 3. ed. São Paulo, 2000.

Portanto, a apresentação de denúncia em face do leniente, sendo utilizadas as provas coletadas com o auxílio deste para tanto, configura nítida incoerência do sistema pensado no panorama global, eis que, o mesmo Estado que permite por meio da Legislação Antitruste vigente, proíbe através da atuação do Ministério Público<sup>364</sup>. Essa verdadeira desordem legal – marcada pela concomitante permissão e proibição de uma hipótese legalmente prevista – enseja inexorável quadro de insegurança jurídica, e, na perspectiva específica do Acordo de Leniência, decreta a condenação do instituto ao fracasso. Isto ocorre porque a atratividade que emana do Acordo para fins de cooptar proponentes restará, posteriormente, rechaçada pelo Ministério Público e o sujeito da conduta cartelizadora será, de qualquer maneira, processado e punido criminalmente. Vale ressaltar que, para agravamento da situação, ele será processado e punido com base em

---

Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 63 Incorporado, o conceito apresentado, ao cenário do Acordo de Leniência, constata-se que, ao impor no parágrafo único do artigo 87 da nova Lei Antitruste, que a composição entre leniente e Ministério da Justiça repercuta em extinção da punibilidade. Logo, existe uma normatividade implícita que, basicamente, prevê, nas entrelinhas, que é proibido propor ação penal contra o sujeito que realizou acordo de delação premiada concorrencial com o poder público. Com efeito, o Ministério Público, ignorando esse regramento subliminar que é emanado da previsão do dispositivo já destacado acima, acaba por incorrer em atuação antijurídica, afrontando regra expressa de Direito Econômico.

<sup>363</sup> Ressalte-se que não se discute se a apresentação de proposta de Acordo de Leniência se traduz, ou não, em atitude moral por parte do proponente que, de certo modo, acaba ‘confabulando’, com o Estado, medidas para comprometer os demais coautores que, há pouco tempo, eram seus comparsas. A proposta do presente trabalho se resume a verificar se o Acordo de Leniência da maneira como vem inserido no sistema brasileiro, principalmente, pelas práticas do dia a dia, garante, ou não, ao leniente, as diretrizes do devido processo legal constitucional.

<sup>364</sup> “Esta ordem mínima, que as normas devem guardar entre si, impede que uma norma proíba o que outra ordena, como também impede que uma norma proíba o que outra fomenta. A lógica mais elementar nos diz que o tipo não pode proibir o que o direito ordena e nem o que ele fomenta. Pode ocorrer que o tipo legal pareça incluir estes casos na tipicidade, como sucede com o do oficial de justiça, e no entanto, quando penetramos um pouco mais no alcance da norma que está anteposta ao tipo, nos apercebemos que, interpretada como parte da ordem normativa, a conduta que se adéqua ao tipo legal não pode estar proibida, porque a própria ordem normativa ordena e a incentiva” Op. cit. p. 396.

provas que ele mesmo coletou, quando, ainda, acreditava na obtenção do benefício prometido, a ele, pelo Estado.

O Estado é uno e dividido nas entidades que o servem. A atuação do Poder Legislativo, portanto, não está submetida à anuência do Ministério Público, mas tem, sim, como único interventor o Chefe do Poder Executivo no exercício do veto. Uma vez concluído, adequadamente, o processo de formação de uma norma e a mesma ter entrado em vigor, não há meios pra debater sua validade, a não ser, a partir de suposta dissonância com o regramento constitucional mediante Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Portanto, nos termos consignados, sendo observado o procedimento do Acordo com a devida aplicação do sigilo e afastamento da acusação de seus termos e descobertas, não existe óbice, na legislação constitucional, à implantação do instituto no ordenamento brasileiro. Basta sua consonância com os ditames constitucionais para que não encontre qualquer vedação.

Com efeito, segundo o conceito de crime para ZAFFARONI, não bastaria que uma conduta estivesse tipificada para que tivesse potencial de ser considerada crime, é necessário que, concomitantemente, não haja previsão para sua autorização, eis que o Estado não pode proibir e fomentar, ao mesmo tempo, uma ação. Para corrigir a problemática da tipicidade legal – que compreende a previsão do tipo penal em concordância com a descrição da ação ilícita – o autor desenvolveu a teoria da tipicidade conglobante que tem, como corolário, a lógica de haver condutas que estão proibidas, apenas aparentemente, pois existe outra disposição legal que as autoriza<sup>365</sup>.

---

<sup>365</sup> Nos termos de ZAFFARONI: “Isto nos indica que o juízo de tipicidade não é um mero juízo de tipicidade legal, mas que exige um outro passo, que é a comprovação da tipicidade conglobante, consistente na averiguação da proibição através da indagação do alcance proibitivo da norma, não considerada isoladamente, e sim conglobada na ordem normativa. A tipicidade conglobante é um corretivo da tipicidade legal, posto que pode excluir do âmbito do típico aquelas condutas que apenas aparentemente estão proibidas, como acontece no caso exposto do oficial de justiça, que se adéqua ao ‘subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel’ (art. 155, caput, do CO), mas que não é alcançada pela proibição do ‘não furtarás’.

A função deste segundo passo do juízo de tipicidade penal será, pois, reduzi-la à verdadeira dimensão daquilo que a norma proíbe, deixando fora da tipicidade penal aquelas condutas que somente são alcançadas pela tipicidade legal, mas que a ordem normativa não quer proibir, precisamente porque as ordena ou

202

Desta maneira, o crime de cartel na forma do Acordo de Leniência teria previsão – tipicidade – legal, contudo, careceria de tipicidade conglobante, pois, no contexto do ordenamento jurídico tomando-o em sua perspectiva global, existe outro dispositivo que permite a atuação em cartel. Se não, veja-se. No caso de um componente do cartel decidir aderir ao Programa de Leniência e firmar delação premiada cumprindo os requisitos e auxiliando na investigação e combate ao ilícito, bem como na identificação dos demais coautores para possibilitar sua punição, ele continuará participando do cartel até mesmo para não despertar suspeita de que aderiu ao Programa.

A tipicidade, em sua natureza, significa a segurança dos cidadãos eis que, através dela, as condutas consideradas contrárias à ordem jurídica são descritas exaustivamente. Poder-se-ia, segundo WELZEL<sup>366</sup>, prever uma disposição geral nos seguintes termos: “aquele que se comportar de um modo gravemente contrário às exigências da vida em comunidade será punido, segundo a medida de sua culpabilidade, com uma pena lícita”. No entanto, tais termos causariam insegurança jurídica porque tudo dependeria, exclusivamente, do intérprete da norma, tornando-se, a imputação, ato arbitrário e eminentemente discricionário.

A teoria de WELZEL, complementada pela de ZAFFARONI e sendo incorporados os requisitos de crime determinados por BELING<sup>367</sup> – tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade – demonstra, claramente, que o problema das figuras típicas isentadas pela verificação de

---

fomenta” ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. P. 396.

<sup>366</sup> WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal – uma introdução à doutrina da ação finalista**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 58.

<sup>367</sup> ERNEST BELING em sua obra *Die Lehre vom Verbrechen* compatibilizou elementos fulcrais da teoria do crime como é atualmente concebida. A ele se atribui a teoria tripartita, que indica que crime é conduta típica – ou seja com vedação legal expressa, antijurídica – contrária à norma proibitiva, e culpável – na qual, tem um sujeito ativo que tenha executado o ato embuído de dolo ou culpa. Pode-se acessar o original da obra do autor pelo sítio da *Harvard University*. Fonte: <http://archive.org/details/dielehrevomverb00beligoog>. Ressalte-se que o texto é datado de 1906. Com efeito, não há como se negar que foi uma das primeiras contribuições no campo da teoria do crime.

justificação – ou, em outras palavras, autorização – de fato não carecem de antijuridicidade, mas, sim, da própria tipicidade em si.

Em outras palavras, não obstante haja previsão típica expressa, o próprio legislador enquadra a situação em que não será reconhecida como fato punível diante do modo como a conduta se concretiza na prática. Ou seja, o mesmo legislador que criminaliza dimensiona a aplicação do proibitivo e pode determinar que, dependendo das circunstâncias do fato concreto, aquilo que aparentemente é um crime não será assim considerado pelo Código Penal.

Havendo normas contrárias entre si inseridas em um mesmo universo legislativo, impossível admitir que exista a referida tipicidade, pois, ao se pensar na regra proibitiva como fragmento da ordem jurídica, não haveria ordem, mas desordem na hipótese de ser aceitar tal incongruência.

O Acordo de Leniência, portanto, nada mais seria que uma exceção à regra de punição pela atuação em organização criminosa com a intenção de dominação de mercado consistindo em verdadeira justificação ao crime. Como para ZAFFARONI as causas de justificação representam, de fato, permissivo legal que torna a conduta carente de tipicidade conglobante, estar-se-á diante de conduta, inquestionavelmente, atípica.

Em síntese, uma ação prevista no Código Penal somente poderá ser verdadeiramente considerada crime quando, concomitantemente, estiver sujeita à tipicidade legal e à tipicidade conglobante; do contrário, não se pode cogitar de crime, pois se estaria admitindo grave dissonância no contexto global do ordenamento jurídico, o que provocaria sério quadro de insegurança jurídica.

Segundo ZAFFARONI, se fosse admitida a existência de normas divergentes entre si, não se poderia, sequer, tratar de ordem jurídica, pois não passaria de “um amontoado caprichoso de normas arbitrariamente reunidas”<sup>368</sup>. Assim, o cartel tem proibição normativa por meio do artigo 4º da Lei nº 8.137/1990, mas, simultaneamente, existe uma exceção a essa regra contida no artigo 87, parágrafo único da Lei nº 12.529/2011. Assim, a conduta tipificada é carecedora de tipicidade conglobante, uma vez que, refletida no contexto da ordem normativa, existe um preceito que “parece proibir o que outra norma

---

<sup>368</sup> O. cit. p. 474.

exclui do âmbito de proibição, por estar fora da ingerência do Estado”<sup>369</sup>.

Dentre as hipóteses que não possuem tipicidade conglobante, ZAFFARONI prevê, expressamente, a celebração de Acordos. Neste sentido, aquele que detém o bem jurídico tutelado, e, consequentemente, o único que tem permissão para dele dispor<sup>370</sup>, assim o faz, autorizando, em um quadro situacional concreto, que o bem jurídico do qual é titular seja disponibilizado.

Essa conjectura se adéqua, perfeitamente, ao Acordo de Leniência. Já que a extinção da punibilidade do componente de cartel que participa de composição com o Poder Público – titular absoluto do bem jurídico ‘ordem econômica’ por força constitucional – nada mais é que uma forma subliminar que o Estado usa para indicar que aceita colocar, à disposição, o seu bem jurídico ‘ordem econômica’ ao indivíduo que celebra consigo Acordo em troca de sua colaboração no sentido de assegurar que este bem jurídico não continue sendo violado pelos demais coautores. Seria, o Acordo, portanto, “o que dá ao titular do bem jurídico, em exercício da disponibilidade, tornando atípica a conduta do terceiro”<sup>371</sup>.

Se o Estado é um só em sua soberania, fragmentado em instituições que, supostamente, asseguram sua ordem, a permissão feita mediante Acordo de uma destas instituições – no caso, o Ministério da Justiça – com respaldo em previsão concreta emanada de outra instituição de controle – o Poder Legislativo, é, plenamente, válida. Isto ocorre porque o processo de aprovação da norma é rigoroso como se depreende do artigo 59 e seguintes da Constituição Federal e, no Acordo de Leniência como já explanado, o Estado abdica, em favor do leniente, do bem jurídico “ordem econômica” resguardado sob sua tutela. Intervindo o Ministério Público em propor, mesmo assim, ação penal em face do sujeito que teve sua punibilidade extinta pela celebração do Acordo, estar-se-á diante de um quadro de instabilidade estatal em virtude das providências antagônicas tomadas pelas instituições que, teoricamente, deveriam, por ele, velar de forma convergente.

Fazendo um exercício interpretativo, pode-se visualizar que, na hipótese do Acordo de Leniência, a teoria da tipicidade conglobante se

---

<sup>369</sup> Op. cit. p. 475.

<sup>370</sup> Lembra-se, aqui, o conceito de bem jurídico trazido no primeiro capítulo de autoria de HANS WELZEL.

<sup>371</sup> Op. cit. p. 479.

adéqua, perfeitamente, para reforçar a impossibilidade de apresentação de denúncia contra o leniente após a celebração do Acordo. Tem-se, portanto, uma previsão legal expressa – a do artigo 87, parágrafo único da Lei nº 12.529/2011 autorizando uma situação jurídica concreta, a extinção da punibilidade como resultado da medida na esfera penal – e uma regra prática imposta pela atuação do Ministério Público contrariando àquele preceito contido na Legislação Antitruste. Com efeito, o Estado está, simultaneamente, concedendo uma prerrogativa ao jurisdicionado para, posteriormente, retirá-la, o que não se coaduna às diretrizes de segurança jurídica.

De fato, a previsão da extinção da punibilidade do agente pela concretização de Acordo de Leniência simboliza, implicitamente, a aposição de um inciso virtual ao artigo 107 do Código Penal. Teoricamente, estaria esta concretização de Acordo de Leniência incorporada, subliminarmente, às demais modalidades do mencionado dispositivo de lei.

Restando claro que a celebração do Acordo enseja quadro de atipicidade conglobante, o ilícito cometido pelo leniente não pode ser, efetivamente, condenado pelo Poder Judiciário ou, sequer, precisa ser analisado pelo mesmo, pois a legislação concorrencial dispõe, expressamente, a respeito da figura da extinção da punibilidade que está vinculada ao âmbito judicial transcendendo à esfera administrativa. Veja-se que a legislação na qual está estabelecido o Acordo de Leniência, assim como a Lei nº 8.137/90, não está voltada, exclusivamente, à previsão de matéria administrativa. A segunda, inclusive, elenca o rol de crimes contra a ordem econômica, demonstrando sua natureza dúplice de regulamentação administrativa e penal<sup>372</sup>.

Com efeito, conforme também salientou SALOMI, a Legislação Antitruste vigente não previu, e, provavelmente, sequer cogitou que o Poder Judiciário interviesse no procedimento do Acordo de Leniência. Desta forma, a extinção da punibilidade é decretada pela autoridade antitruste competente no caso, o Tribunal Administrativo.

---

<sup>372</sup> Leis como essas que acabaram por conduzir HASSEMER à conclusão de que seria rentável formular uma nova linha do direito voltada à tutela de interesses administrativos e penais simultaneamente, ou seja, um híbrido através do qual seria possível conjugar elementos da ciência penal e da administrativa. Isso afastaria, portanto, a forte probabilidade de dupla punição, conforme já foi destacado no primeiro capítulo deste trabalho.



A problemática, então, passa a residir no caráter que terá a decisão administrativa submetida ao crivo do Poder Judiciário que, para evitar constrangimento ilegal, deve ser vinculante. Se for mero parecer, o problema da ação penal proposta contra o leniente não se resolve porque, se o Magistrado, ao ter as provas dantes analisadas pelo Ministério da Justiça, se convencer de que não foram seguidos os requisitos e que a leniência não deveria ter sido concedida, toda a situação gerará insegurança jurídica, e, portanto, persistirá a prática ilegal de condenação de indivíduos que confiaram na boa-fé do Estado.

Sequer é aceitável a análise do Magistrado quanto ao cumprimento dos requisitos porque o indicado para, efetivamente, constatar a observância dos critérios obrigatórios é o órgão competente para regular o mercado e proteger a livre concorrência. Não está na alçada do Poder Judiciário refletir a respeito do cumprimento dos requisitos se aquele ente responsável pela persecução anticoncorrencial indica que estão, todos, devidamente verificados.

Admite-se, então, que a solução acabaria passando, mesmo, pela sanção do Judiciário à celebração do Acordo para que não fosse sacrificada a Constituição Federal de 1988 e cessasse a interminável discussão que prejudica a boa implementação do instituto. Insta destacar que tanto a decisão administrativa quanto a homologação judicial deveriam guardar o mais absoluto sigilo a respeito da identidade do leniente. Deve ser, a ele, assegurado tratamento segundo a disposição da política de proteção a vítimas e testemunhas para fins de manter a dignidade de sua função após a celebração do pacto, pois, do contrário, poderia vir a sofrer sérias represálias por parte dos demais coautores da conduta cartelizadora.

Possível então destacar, como contribuição deste ponto, a conclusão de que diante da dicção da Teoria da Tipicidade Conglobante, a partir do momento em que o Estado firma Acordo de Leniência, está dispondo do bem jurídico ‘ordem econômica’ em face do leniente, para fins de obter maior benefício consubstanciado na cessação de conduta e na produção de provas com o auxílio do leniente. Portanto, a formação de cartel é conduta atípica, por conseguinte, enseja extinção da punibilidade já preliminarmente, para que o leniente não seja onerado com a manutenção de um processo criminal.

Para viabilizar a extinção da punibilidade assegurada por meio do Acordo, seus termos seriam submetidos à apreciação do Poder Judiciário, sem a ciência do Ministério Público – por óbvio – e homologação da decisão administrativa que possuiria caráter vinculante

em relação à decisão judicial. Todo o procedimento e as decisões emanadas por ambas as esferas garantiriam o maior grau de discricção mediante sigilo absoluto da identidade do leniente, sendo-lhe garantida a tutela de que trata a Lei nº 9.807/99.

### **3.3.2. O resultado da decretação de extinção da punibilidade para o âmbito criminal: falta de condição da ação – impossibilidade de propositura de ação penal.**

Uma vez analisada a conduta do delator na perspectiva da tipicidade conglobante, e considerando a extinção da punibilidade como prêmio garantido ao leniente por meio da celebração do acordo, chega-se à conclusão de que o cartel é considerado conduta atípica para aquele que firmou a leniência.

Outra construção intelectual que vai ao encontro desse entendimento consubstancia-se na esfera Processual Penal, especificamente dentro das hipóteses de carência de ação.

As condições da ação, segundo a doutrina de Enrico Tullio Liebman<sup>373</sup>, são elementos limitadores, não ao acesso à justiça, mas, antes à possibilidade de análise do mérito da ação<sup>374</sup>.

Assim como acontece no Direito Processual Civil, onde LIEBMAN desenvolveu sua teoria, o Código de Processo Penal reconhece a existência de condições à ação penal, e a doutrina as enumera como sendo: o interesse de agir, a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade da parte, o preenchimento de condição de procedibilidade e a justa causa.

A falta de qualquer condição da ação penal enseja rejeição da denúncia, segundo a dicção do artigo 395 do Código de Processo Penal<sup>375</sup>.

---

<sup>373</sup> Jurista italiano que trouxe a idéia de condições da ação identificando-as como: interesse de agir, possibilidade jurídica do pedido e legitimidade da parte. Muito embora tenha escritos específicos de Direito Processual Civil, sua teoria pode ser aplicada ao Direito Processual Penal, guardadas as devidas proporções e analisando-se as peculiaridades da ação penal.

<sup>374</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 11. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

<sup>375</sup> Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando:

I - for manifestamente inepta;

II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal;

ou

Assim, para que o Magistrado seja instado a analisar os fatos, é exigência procedimental que sejam cumpridas as condições da ação, pelo simples fato de que a carência de uma dessas condições prejudica o mérito.

Se uma pessoa é ilegítima a figurar em um dos polos de uma ação penal, ou se o Ministério Público não tem interesse de agir no sentido de incentivar a condenação, ou ainda carecendo o pleito de possibilidade jurídica, obsta-se a análise meritória – que pode conduzir a uma condenação – porque a pessoa condenada não poderia ser responsabilizada, ou porque não existe motivo para utilizar a tutela penal de *ultima ratio* ou ainda porque o pedido condenatório é impossível.

Para demonstrar de forma pormenorizada quais as condições da ação que faltam quando da celebração do acordo de leniência, insta subdividir este tópico, adentrando brevemente nos conceitos necessários à compreensão do tema.

### **3.3.2.1. Pedido condenatório juridicamente impossível**

Diferentemente da roupagem que lhe é atribuída pelo Direito Processual Civil, no Processual Penal a possibilidade jurídica do pedido é verificada não por meio da inexistência de vedação legal ao pleito almejado, mas, antes, vincula-se a um conceito positivo. Portanto, um pedido é possível quando houver previsão legislativa que o autorize.

Nas ações penais de natureza condenatória os pedidos, em tese, serão: a declaração da ocorrência de fato considerado típico, ilícito e culpável; e a identificação de seu autor, que culminam na condenação do sujeito ativo.

Tendo em conta que por meio da subscrição de um acordo de leniência é assegurado ao leniente que ele não será condenado – ou seja, que, uma vez assinando o acordo e cumprindo seus requisitos verá sua punibilidade extinta – o pedido condenatório de eventual ação penal na qual se vise averiguar a autoria do leniente como sujeito cartelizador é juridicamente impossível.

E é impossível porque não se pode condenar uma pessoa a quem a lei garantiu um benefício. E muito menos fazê-lo (condená-la) com fulcro em provas por ela mesmas coletadas.

Em outras palavras, não cabe a apresentação de denúncia em face do componente de cartel que trouxe ao conhecimento da autoridade antitruste a existência de uma estrutura cartelizadora e que admitiu fazer parte dela caso ele cumpra as exigências insculpidas na legislação concorrencial, porquanto, em juízo de admissibilidade, já se configuraria a extinção da punibilidade, o que resultaria em rejeição da denúncia.

Assim, não é juridicamente possível o pedido condenatório de pessoa que compôs um acordo com o Poder Público fomentado por uma autorização legislativa. E isso porque, observando o texto do artigo 87, parágrafo único, da Lei 12.529/11, tem-se que a conclusão penal da assinatura do acordo, do cumprimento dos requisitos impostos ao leniente, é a extinção da punibilidade.

Diante do prêmio concedido pelo mencionado dispositivo de lei o magistrado exerceria uma função meramente homologatória, ao passo que a legislação é clara, e não comporta interpretação diversa, no sentido de que o cumprimento do acordo extingue a punibilidade do agente.

E, como já é conhecido o resultado do processo – ao passo que a decretação da extinção da punibilidade não é uma liberalidade conferida ao Poder Judiciário, mas antes, uma exigência legislativa<sup>376</sup> – é incoerente provocar a inércia do Poder Judiciário, mesmo porque, a falta de informação acerca dos termos da Lei Antitruste pelos operadores do Direito pode levar a uma condenação de um sujeito colaborador.

Veja-se que, caso seja recebida a denúncia haverá outro óbice logo em seguida ao prosseguimento da ação penal. A dicção do artigo 397, IV do Código de Processo Penal determina que haverá causa para absolvição sumária quando restar consubstanciada a extinção da punibilidade do agente.

Se o artigo 87, parágrafo único, prevê a extinção de punibilidade automática do leniente que cumprir os requisitos do acordo, mesmo tendo sido recebida a denúncia, uma vez identificada a celebração e o cumprimento do acordo caberá ao magistrado tão-somente homologar a extinção da punibilidade.

---

<sup>376</sup> Seja ela concedida em âmbito administrativo e homologada judicialmente, seja ela concedida, tão somente, em sede de absolvição sumária (artigo 397, Código de Processo Penal), será, necessariamente, concedida. Não há resultado diferente que possa ser aceito, eis que, do contrário, estar-se-ia violando previsão clara, vigente e vigorosa da lei.

Assim, além da falta de condição de ação decorrente da impossibilidade jurídica do pedido condenatório, tem-se, como desdobramento direto, a impossibilidade de abertura de instrução pelo regramento contido no artigo 397, IV do Código de Processo Penal.

### **3.3.2.2. Falta de interesse de agir – existência de autocomposição**

Haverá interesse de agir quando estiver sendo utilizado o método adequado à resolução de um conflito exposto ao Poder Judiciário. Assim, em regra, nos crimes de ação penal pública incondicionada o Ministério Público terá interesse de agir, pleiteando sua condenação já na peça exordial, caso o conflito não tenha sido solucionado por outro meio.

O bem jurídico tutelado pelo artigo 4º da Lei 8.137/90 é a ordem econômica. Assim, a punição de pessoas que tenham afrontado a ordem econômica, e, eventualmente incorrido em um dos crimes previstos pela mencionada lei, somente é interessante caso os efeitos da infringência à norma ainda não tenham sido contornados por outro meio. Do contrário estar-se-ia convertendo o processo penal em medida corriqueira quando, é consabido, ele se traduz em *ultima ratio*.

Ao prever a possibilidade do acordo de leniência o legislador admitiu que os casos de afronta à ordem econômica previstos pela mencionada lei pudessem ser solucionados de outra forma que não a propositura de ação penal. Assim, nos casos de crimes econômicos há duas formas igualmente eficazes de solucionar a afronta ao bem jurídico: a) firmar acordo de leniência com um dos membros do cartel, para que o delator auxilie na coleta de provas e erradicação do ilícito; ou, b) ajuizar ação penal contra aqueles que compuseram o núcleo organizado para afrontar a livre concorrência, uma vez restando incontroversa a materialidade e a autoria do ilícito.

Com efeito, analisando as duas hipóteses tem-se que é muito mais vantajoso ao Poder Público a primeira iniciativa, ao passo que, tratando-se o cartel de crime que se opera na clandestinidade, é muito difícil atestar sua materialidade, e pior ainda demonstrar a autoria.

Veja-se que um dos requisitos de aceite ao acordo de leniência é propriamente a falta de elementos que possam atestar a existência da atividade anticoncorrencial. Aí entra o delator trazendo ao Poder Público algo que, de outro forma, ele provavelmente jamais teria, motivo pelo qual torna-se merecedor do prêmio que lhe outorgado pelo artigo 87.

Nesse diapasão chega-se facilmente à ilação que caso tenha havido acordo e tenham sido cumpridos seus termos não existe interesse de agir do Ministério Público porque o problema da afronta ao bem jurídico já foi solucionada pela autocomposição proposta pelo Ministério da Justiça e aceita pelo membro do cartel.

Nesse sentido, e especificamente em âmbito Penal, o interesse se consubstancia na possibilidade de a iniciativa satisfazer uma determinada pretensão. Como a pretensão é a cessação da atividade anticoncorrencial o acordo de leniência cumpre perfeitamente esse papel. Se a persecução penal for instaurada – ignorando-se a existência do acordo – estar-se-á admitindo que o verdadeiro interesse do Ministério Público não é proteger o bem jurídico, mas sancionar o transgressor da norma pura e simplesmente.

E a que preço, já que na hipótese de autorização de propositura de ação penal contra pessoa que celebrou acordo de leniência vai estimular a deslegitimação do instituto, e dezenas de organizações cartelizadoras ficaram definitivamente no anonimato.

Para que haja punição proporcional no caso de cartel uma ação civil indenizatória é mais que suficiente, porquanto o prejuízo que efetivamente decorre de qualquer atividade anticoncorrencial é basicamente financeiro ao Estado. E a ação civil não é obstada por meio do acordo, de modo que ainda é possível executar o delator para que ele efetue ressarcimento aos cofres do ente prejudicado pela atividade cartelizadora.

Assim, havendo a celebração de acordo de leniência entre o CADE e o delator não subsiste interesse do Ministério Público à manutenção de pedido condenatório, porque o fator que afetava o bem jurídico tutelado já foi remediado e não há qualquer benefício em aplicar penas restritivas de direito quando não subsiste qualquer conflito e não haja força pedagógica que implique na imposição dessa medida extrema.

Ademais, a celebração do acordo ainda assegura que o Poder Público terá elementos para desmanchar o cartel e impedir a dominação de mercado. Assim, o leniente cumpre uma função benéfica ao Órgão Persecutor, sendo muito mais interessante ao Ministério Público incentivar a celebração de acordos do que se ater ao discutível princípio da obrigatoriedade.

### 3.3.3. O princípio da boa-fé do Estado e a vedação ao *venire contra factum proprium* como demonstração da inobservância ao devido processo legal constitucional.

Já que o indivíduo abdica de sua liberdade absoluta e plena para ter a segurança de que será melhor tutelado pela junção do todo – este representado, em sua forma, pelo Estado – é obrigação do aparato de controle estar, sempre, a favor do sujeito de direitos, corolário este da necessária constitucionalização do regramento ordinário para fins de adequação às diretrizes traçadas pelas garantias fundamentais do indivíduo. Assim, em troca da confiança atribuída ao Poder do Estado, o que se deve esperar é a boa-fé do órgão gestor e mantenedor do monopólio da força.

Nessa perspectiva, concebe-se a necessidade de que a Administração Pública se comporte de forma moral perante o jurisdicionado, tanto que há previsão constitucional da moralidade administrativa em dois artigos da Magna Carta: artigo 5º, LXXIII – ao tratar da Ação Popular, e artigo 37 – quando se presta a refletir a respeito da indispensável moralidade com a qual o Poder Público deve atuar em face dos cidadãos de modo geral.

Segundo leciona GIACOMUZZI<sup>377</sup>, mesmo após tantos anos da vigência da Constituição Federal de 1988, não houve ‘jusfilósofos’, realmente preocupados, em tratar do tema moralidade administrativa. Ventila, pois, que o potencial motivo para essa lacuna doutrinária se deva à tênue linha de separação entre Moral e Direito fomentada pela doutrina de IMMANUEL KANT<sup>378</sup>.

---

<sup>377</sup> GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa – história de um conceito**. Revista de direito administrativo – v. 213 – outubro/novembro de 2002. pp. 291/303.

<sup>378</sup> Dentre os textos de KANT que se prestaram a provocar este afastamento entre Direito e Moral, destaca-se o clássico Crítica da Razão Pura, e os mais específicos Princípios fundamentais da metafísica da moral e Introdução à metafísica da moral. Neste ultimo, o autor prussiano leciona que: “*All duties are either duties of right, that is, juridical duties (official juris), or duties of virtue, that is, ethical duties (official virtutis s. ethica). Juridical duties are such as may be promulgated by external legislation; ethical duties are those for which such legislation is not possible*”. Tradução livre: “Todos os deveres são ou deveres provenientes da lei, ou seja, deveres jurídicos, (*official juris*), ou deveres de virtude, ou seja, deveres éticos (*official virtutis s. ethica*). Deveres jurídicos são aqueles que podem ser promulgados por legislação externa; deveres éticos são

Em seu texto, GIACOMUZZI promove a desmistificação dos conceitos de moralidade administrativa colacionados pelos tratadistas dessa área de estudo do Direito, dentre os quais destaca HELY LOPES MEIRELLES<sup>379</sup>, o primeiro a reproduzir o conceito de moralidade importado das lições de HAURIOU, da Escola de Toulouse. Destaca que o primeiro texto escrito no Brasil a respeito da moralidade administrativa indicava estar respaldado nas ideias do advogado português BRANDÃO; todavia, por carecer de referência bibliográfica, não é possível confirmar as origens das ideias lá esboçadas. Entretanto, tal texto utiliza, largamente, termos de efeito para tratar do tema ‘moralidade da administração’, dentre as quais se destacam afirmações do tipo ‘a moralidade administrativa não se confunde com a moralidade comum’, ou ‘a moralidade administrativa corresponde às regras internas da administração’, e, por fim, ‘a moralidade administrativa é a boa administração’<sup>380</sup>.

Constata-se, portanto, a reprodução, no âmbito administrativo, de uma tendência muito comum no Direito e no Processo Penal, afirmações

---

aqueles sobre os quais legislar não é possível”. Prossegue mais adiante: *“But why, then, it may be asked, is the science of morals, or moral philosophy, commonly entitled -- especially by Cicero -- the science of duty and not also the science of right, since duties and rights refer to each other? The reason is this. We know our own freedom -- from which all moral laws and consequently all rights as well as all duties arise -- only through the moral imperative, which is an immediate injunction of duty; whereas the conception of right as a ground of putting others under obligation has afterwards to be developed out of it”*.

Tradução livre: “Mas então por que, pode-se perguntar, a ciência da moral, ou moral filosófica, normalmente intitulada – especialmente por Cícero – a ciência do dever e não só a ciência dos direitos, já que os deveres e os direitos referem-se a si mesmos? A razão é esta. Nós conhecemos nossa própria liberdade – a partir da qual todas as leis morais e consequentemente todos os direitos assim como os deveres nascem – somente pelo imperativo moral, que é uma imediata injunção do direito; de modo que a concepção do direito como um terreno que coloca os outros sob obrigações acabou por fim sendo desenvolvido fora disso”.

Fonte:

[http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select\\_action=&co\\_obra=4015](http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=4015). Acesso em 14 de junho de 2013.

<sup>379</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo Brasileiro**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

<sup>380</sup> GIACOMUZZI, José Guilherme. Op. cit. p. 294.



vagas e imprecisas que abrem precedentes a interpretações diversas, ensejando, conseqüentemente, um cenário de insegurança jurídica<sup>381</sup>.

Com efeito, existiu, na interpretação dada à moralidade administrativa, um híbrido das regras francesas e das considerações de BRANDÃO. A principal colaboração, no sentido de desanuviar a mística que envolve o tema, é a afirmação: “A moralidade administrativa, que nos propomos a estudar, não se confunde com a moralidade comum; ela é composta por regras da boa administração, ou seja: pelo conjunto de regras finais e disciplinares suscitadas, não só pela distinção entre o bem e o mal, mas também pela ideia geral de administração e pela ideia de função administrativa”<sup>382</sup>, originária do texto publicado pela escola de Toulouse no ano do falecimento de HARIOU.

Assim, na doutrina brasileira, foi feita a escolha mais fácil a respeito dos conceitos relacionados à moralidade administrativa ao distingui-la, simplesmente, do que significa moralidade normal não adentrando no mérito de seu papel como veículo de acautelamento do indivíduo em face de liberalidades do Estado.

Essa introdução é de suma importância para a compreensão do tema conclusivo desta Dissertação, e vem no sentido de demonstrar como a propositura de posterior ação penal em face do leniente afronta seu direito fundamental a um devido processo nos moldes dos preceitos constitucionais fundamentais, ou seja, a necessidade da Administração Pública agir de maneira sinceramente ética e moral com os cidadãos.

O que se depreende do modelo de Acordo de Leniência implementado no ordenamento brasileiro é que os Poderes Legislativo e Executivo estão em sintonia no que tange aos reais objetivos do Programa. Contudo, o Ministério Público insiste em fazer sua atuação colidir com as premissas do estado de inocência e da autorização de não produzir provas contra si, fraudando a boa-fé do leniente e utilizando os elementos por ele coletados para processá-lo criminalmente. Esse ato não é, apenas, contrário ao regramento da nova Legislação Antitruste, mas, partindo da lógica de moralidade administrativa de

---

<sup>381</sup> Tratando de termos lacônicos, tem-se a colaboração de AURY LOPES JR., a respeito da previsão das medidas cautelares penais. In **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medias cautelares diversas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

<sup>382</sup> Citação feita da obra de HENRI WELTER, *Le contrôle Jurisdictionnel de La Moralité Administrative – Étude de Doctrine et de Jurisprudence*. Paris: Recueil Sirey, 1929.

GIACOMUZZI, afirma-se como nítido e inexorável ato de imoralidade e traição de confiança depositada, pelo jurisdicionado, na figura do Estado.

O Estado sendo uno – simplesmente fragmentado em entes com o intuito de descentralizar funções e assegurar maior eficiência – precisa ter coerência, no mínimo, na maneira como age, quando visto em seu todo. Não é válido em um suposto Estado de Direito que cada ente que compõe o Estado aja de maneira individual e divorciada do contexto em que está inserido. Deve-se, ao contrário, primar pela consonância da atuação de cada ator funcionando como parte de um todo.

Da maneira como vem sendo incorporado o Programa de Leniência, parece até que o Poder Legislativo e o Poder Executivo compõem um Estado dissociado do Ministério Público que não tem nenhuma vinculação com eles. Em outras palavras, formou-se um Estado dentro de outro, marcado pela falta de simbiose e coerência entre os personagens que compõem o grande contexto da Administração Pública.

A opinião esposada neste trabalho é que o leniente, independentemente da feição moral, ou não, de sua atuação em delatar os demais componentes do cartel, está se valendo de instrumento fornecido e legitimado pelo próprio Estado. Com efeito, existe autorização expressa e benefícios expressamente assegurados ao cidadão que optar por se valer do instituto da leniência. Consequentemente, a proposta de ação penal contra o leniente após a celebração do Acordo configura um sério quadro de imoralidade administrativa no qual o Poder Público fraudar o leniente que adere ao programa, pois, após ter arrecadado todas as provas necessárias e suficientes para que o cartel seja desmanchado, simplesmente, avisa este delator que o benefício que lhe foi prometido não será concedido, não pelos termos da lei, mas, de acordo com práticas cotidianas corroboradas, principalmente, pela atuação inquisitiva do Ministério Público.

Diante desse cenário fraudulento do Estado perante seus administrados, acaba-se por anuir com muitas das conclusões esposadas por GIACOMUZZI no texto já dantes citado. Assim, veste-se a moralidade de qualquer coisa para desonerar a atuação estatal perante o jurisdicionado. Muitos estudiosos<sup>383</sup> do Direito se inclinaram a ver, na moralidade prevista no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, uma suposta ‘tábua de salvação’, acreditando que a simples preocupação do

---

<sup>383</sup> GIACOMUZZI, Op. cit.

Estado em cumprir seus deveres para com o sujeito de direitos observando as diretrizes de proporcionalidade, legalidade e razoabilidade já seria suficiente para representar uma atuação moral.

A gravidade, portanto, da posterior propositura de ação penal em face de pessoa que firmou, com a Administração Pública, Acordo expresso de cooperação mútua – no qual o leniente entra com a função de auxiliar a investigação e a Administração, com a obrigação de premiá-lo, caso cumpra sua parte – está no fato de que a previsão legal que definiu esse contrato nos termos em que está posto no ordenamento brasileiro foi conduzida pelo próprio Estado, e não é uma mera sugestão, mas uma imposição.

Reflita-se sobre a hipótese de situação contrária. Se o administrado se coloca à disposição da Administração para fins de obter provas e, ao final, se mantém inerte e não consegue adquirir elementos que, efetivamente, possibilitem a persecução penal dos demais membros do cartel, a Administração está autorizada a não conceder os benefícios ao proponente. Porém, se o Estado descumpre sua parte do Acordo e o leniente cumpre, perfeitamente, seu papel no contrato, não há nenhum meio ou arma do jurisdicionado perante o Estado para garantir que obtenha os benefícios aos quais faz jus, ou exigi-los. Sendo assim, o leniente está, efetivamente, exposto à boa vontade do Estado em lhe conceder o prêmio.

É de salientar que está atribuída, à própria Administração Pública, a discricionariedade de verificar e constatar o cumprimento dos requisitos impostos ao leniente. Qualquer ato do leniente no sentido de cumprir os termos estabelecidos pode, na mesma proporção e sem critério, ser considerado suficiente ou não. E para completar a situação precária em que se encontra o sujeito de direito, ainda se confere, ao mesmo Estado, a prerrogativa de definir se está ou não agindo de maneira moral em relação à população. Trata-se de inexorável desequilíbrio de forças no qual todo o poder está concentrado na figura do Estado, sendo que o cidadão está entregue à sua liberalidade<sup>384</sup>.

---

<sup>384</sup> Dentro dessa linha de raciocínio, GIACOMUZZI assim se manifesta a respeito do conceito de moralidade que emana do artigo 5º da Constituição Federal de 1988: “No meu entendimento, então, a moralidade administrativa do art. 5º é a legalidade interna do ato. O que devemos é tentar controlá-la, e isso já será muito” Op. cit. p.. 299. Em outras palavras, dê-se, ao povo, o que é do povo – a legitimidade real para controlar seus administradores. Assim, criar-se-á verdadeiro ambiente democrático. Do contrário, será apenas uma alternativa de manutenção de *status quo*.

A vedação a esse modelo de arbitrariedade estatal está respaldada na Teoria do *venire contra factum proprium* que proíbe o Estado de agir, contrariamente, a fato criado por ele mesmo. Parte-se do pressuposto de que ninguém obriga o Estado a legislar e nem impõe como deve ser exercido o processo legislativo. É, eminentemente, opção da Administração Pública criar novas leis.

Portanto, toda a lógica de intervenção do Estado nas atividades dos jurisdicionados deve vir imbuída de boa-fé, a qual consiste em “confiança, segurança e honorabilidade, se referindo, sobretudo ao cumprimento da palavra dada; especialmente a palavra fé, fidelidade, quer dizer que uma das partes se entrega confidamente à conduta leal da outra no cumprimento de suas obrigações, fiada em que esta não lhe enganará”<sup>385</sup>. Já que é concedida, ao Estado, a tutela dos direitos de seus cidadãos, o que se espera é que esta seja exercida nos termos da boa-fé, assim como é exigido nas relações entre pessoas, sem ruptura do vínculo de confiança primordial à organização social e ao exercício da democracia.

Na lição de FERNANDO FACURY SCAFF “O Estado foi criado e é dirigido por homens, que estão jungidos às mesmas regras de honestidade e lealdade em seus relacionamentos com nos administrados, tal como os demais homens entre si. Daí porque a regra da boa-fé deve imperar tanto nas relações entre particulares como nas relações entre o Estado e seus administrados”<sup>386</sup>.

Respaldado na ruptura da dicotomia antes defendida entre Direito Público e Direito Privado que, atualmente, são vistos de maneira mais aproximada<sup>387</sup>, a importação do *venire contra factum proprium* da seara da responsabilidade civil para sua adaptação à intervenção estatal é plenamente possível, e, no caso do Acordo de Leniência, ousa-se dizer que é indispensável.

Veja-se que a incursão do Direito Privado, para fins de compreensão da matéria, é plenamente possível, eis que o Acordo de Leniência consiste em nada mais que uma modalidade de contrato

---

<sup>385</sup> PEREZ, Jesus Gonçalves. **El principio general de la buena fe en el derecho administrativo**. Madrid: Civitas, 1983. p. 45.

<sup>386</sup> SCAFF, Fernando Facury. **Responsabilidade civil do Estado Intervencionista**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 226.

<sup>387</sup> Neste sentido: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito público x direito privado**. Fonte: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1205503372174218181901.pdf>. Acesso em 15 de junho de 2013.

firmado entre o Estado e o leniente. A atuação do Estado de maneira contrária à disposição legal por ele mesmo criada representa, inquestionavelmente, quadro de ruptura da boa-fé e inadimplemento do contrato firmado. Retomando a incursão já feita em outro momento, se o sujeito cumpre seu papel no Acordo e possibilita a persecução criminal dos demais componentes do cartel e a cessação da conduta anticoncorrencial e, em contrapartida, o Estado não lhe assegura os benefícios prometidos como contraprestação à delação, a caracterização da renúncia à boa-fé pelo Estado está plenamente concebida.

Adaptando essa premissa ao Acordo de Leniência no qual o Estado age, por meio do Ministério Público, ao contrário do que colocou em lei reduzindo, ou mais, anulando a segurança jurídica do leniente de ter cumprida a parte do contrato que incumbia ao Estado, automaticamente, a boa-fé está sendo substituída por autoritarismo e arbítrio<sup>388</sup>.

A propositura de ação penal em face do leniente, portanto, é exercício de quebra da boa-fé do Estado e atuação imoral em face do jurisdicionado. Essa atuação é nitidamente inconstitucional, pois desobedece ao disposto nos artigos 5º, LXXIII e 37 da Constituição Federal de 1988. Agregando às considerações feitas no ponto anterior, sua inconstitucionalidade se encontra patente em face da dissonância da atuação do Órgão Acusatório com o princípio do devido processo legal constitucional – previsto no artigo 5º, inciso LIV da Magna Carta – eis que a finalidade última do processo judicial e do procedimento administrativo é, pontualmente, a observância das prerrogativas conferidas ao sujeito de direito por meio da Magna Carta.

Concluindo o raciocínio construído ao longo dos três capítulos, com efeito, para que o Acordo de Leniência seja implementado adequadamente no ordenamento brasileiro, é imprescindível a observância dos deveres do Estado perante o jurisdicionado, sendo vedado, constitucionalmente, que o sujeito de direitos reste exposto à mercê e ao arbítrio da Administração Pública. Assim, é indispensável que o instituto seja pensado à luz dos preceitos constitucionais e em um viés de garantias, pois, segundo a lição de AURY LOPES JR., o processo – e o procedimento administrativo – não se prestam a outra coisa que não seja instrumento de defesa do sujeito perante as forças do Estado ou, em outras palavras, instrumento de consagração e garantia da observância dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo.

---

<sup>388</sup> SCAFF, Fernando Facury. Op. cit.

Enfim, enquanto a lógica de processo não se adaptar ao novo paradigma de constitucionalização do regramento ordinário, e sua consonância com os fundamentos de um Estado de Direito encontrados no texto da Constituição Federal de 1988, não haverá qualquer instituto que seja, realmente, implementado de forma devida. No que tange à leniência, especificamente, a situação é mais grave, pois que advindo de um sistema de *Civil Law*, sua adaptação ao ordenamento brasileiro, sem o devido diálogo entre ambas as estruturas jurídicas que partem de lógicas diferentes do que significa devido processo legal prejudica, consistentemente, seu bom funcionamento.

No viés Anglo-Saxão, de onde se originou o modelo original do Programa de Leniência, o processo se volta a uma suposta coletividade e é, portanto, disponível – justamente por isso que é, amplamente, aceito o instituto da *plea bargain*. Já na perspectiva do Brasil, e, evidentemente, pautando-se nos fundamentos constitucionais para formular essa conclusão, o processo não é dispensável, pois serve como mecanismo de concretização de direitos fundamentais e acautelamento do sujeito de direitos.

Tenha-se em vista o ordenamento brasileiro considerando que, em processo como procedimento em contraditório, o fim último do processo será a coerência da atuação do Estado em sua soberania com os ditames insculpidos na Constituição da República de 1988. Por isso, a maneira como se dará o procedimento no caso de celebração de Acordo de Leniência é discussão de suma importância, pois, somente sendo ele adaptado às balizas constitucionais é que, efetivamente, poderá ser adotado em sua plenitude pelo ordenamento brasileiro.

## CONCLUSÃO

A primeira conclusão a que se chegou, por meio deste trabalho, é a de que a criminalização das condutas consideradas lesivas à ordem econômica, outrora concebidas, apenas, como infração administrativa, passa pela necessidade de afirmação de poder do Estado. Assim, uma vez estando, no foco, o mercado e toda a lógica de concentração de riqueza intimamente ligada ao sistema capitalista, passa a ser interessante, para o Poder Público, traduzir os comportamentos catalogados como fraudadores da livre concorrência como condutas criminosas, justificando a atuação mais enérgica do Estado.

Essa construção, portanto, é permeada pelas iniciativas do Estado em manter a tutela da ordem econômica sob sua custódia e patrocinar a manutenção de poder por meio dela. Assim, os crimes econômicos vêm previstos na categoria de crime de perigo e sua punição dispensa a configuração de culpa do agente, o que torna a penalização de supostos infratores à ordem econômica arbitrária e de cunho nitidamente autoritário.

Um aspecto relevante à ascensão dos crimes contra a ordem econômica e o Direito Penal Econômico em si se encontra intimamente ligada ao novo paradigma de internacionalização da cidadania e na reflexão do Brasil a partir do cenário internacional. Com efeito, a chamada globalização econômica fomentada pelo aumento de empresas multinacionais se espalhando pelos diversos países do mundo desloca, inclusive, a reflexão a respeito dos direitos humanos para a perspectiva global, muito embora, ainda não haja segurança em se reforçar uma lógica de observância de garantias fundamentais concretas dentro do próprio ordenamento jurídico brasileiro.

Todo esse cenário de insegurança jurídica é agravado na hipótese do Acordo de Leniência previsto no artigo 87 da nova Lei Antitruste como modalidade de delação premiada realizada no âmbito do Direito Concorrencial. A previsão legal indica, expressamente, que o reflexo automático e incondicional da celebração do Acordo na esfera penal é a extinção da punibilidade, o que consiste, efetivamente, no prêmio oferecido ao potencial proponente do Acordo.

Com efeito, o procedimento é iniciado pela apresentação de proposta escrita ou oral pelo membro de cartel ao CADE que impõe, ao leniente, os requisitos que devem ser por ele cumpridos a fim de alcançar o almejado benefício da imunidade administrativa e penal. Dentre os critérios necessários à concessão da benesse, encontra-se a

exigência de participação do candidato à leniência na produção da prova necessária ao desmanche da organização criminosa voltada ao controle e monopólio de mercado, bem como para possibilitar a deflagração de ação penal em face dos demais coautores.

No entanto, existe entendimento – fulcrado nos princípios da inafastabilidade do Ministério Público e da obrigatoriedade da propositura da ação penal pública incondicionada – no sentido de que, estaria o Órgão Acusatório, supostamente, fazendo às vezes da coletividade, e não representando apenas sua vontade pessoal. Tal possibilidade encontra óbice claro na legislação constitucional vigente, já que o processo penal deve ser, necessariamente, pensado a partir das diretrizes constitucionais do devido processo legal e do estado de inocência.

A partir da Teoria Geral do Garantismo Penal, encabeçada por LUIGI FERRAJOLI e trabalhada sob a perspectiva do sistema brasileiro por autores como ALEXANDRE MORAIS DA ROSA, AURY LOPES JUNIOR, DIOGO MALAN, JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO, LUCIANO FELDENS, dentre outros, o processo se traduz na instrumentalização dos ditames constitucionais, e, para sua eficácia real, deve passar pelo filtro da Constituição e se adequar aos pilares do Estado de Direitos traduzidos nas garantias fundamentais dos indivíduos previstas dentro e fora do catálogo.

Com efeito, outra conclusão a que se pôde chegar é a de que a posterior propositura de ação penal alocando-se o sujeito que participou de Acordo com o Ministério Público encontra óbice direto no regramento constitucional vigente. Configura-se uma verdadeira fraude do Poder Público em face do sujeito de direitos que acredita no benefício oferecido e, após produzir toda a prova necessária a ensejar a deflagração de ação penal, tem todo o material, por ele concedido, utilizado contra si próprio pelo Ministério Público.

Viola-se, pois, com essa prática, o devido processo legal em seu viés material (constitucional), relegando o direito fundamental ao silêncio. Além disso, constata-se a utilização das provas coletadas pelo próprio leniente contra ele próprio, bem como o rompimento do vínculo de boa-fé que deve permear as relações entre os particulares e a Administração Pública, havendo, portanto, nítido inadimplemento do Acordo por parte desta.

Assim, demonstrou-se, principalmente no último capítulo, que a participação do Ministério Público na celebração do Acordo bem como a submissão da decisão do Tribunal Administrativo ao âmbito Judicial



são plenamente dispensáveis, já que o Estado se encontra devidamente representado na figura do Ministério da Justiça – componente do Poder Executivo – que aceita, na lógica de ZAFFARONI, dispor do bem jurídico ‘ordem econômica’ – por ele tutelado – a favor do leniente, em troca de favor, por este, concedido. Trata-se, portanto, de uma relativização da tutela estatal à ordem econômica com o intuito de assegurar que os crimes de cartel sejam devidamente erradicados no Brasil.

Uma vez estando consignado o Acordo entre leniente e CADE, não há dúvida quanto à validade da extinção de punibilidade reconhecida e assegurada, literalmente, pela Legislação Antitruste. de maneira que na perspectiva da teoria da tipicidade conglobante de ZAFFARONI não mais haveria tipicidade na conduta do leniente, sendo esta afastada por previsão de exceção à criminalização pela conduta cartelizadora.

Em outros termos, a previsão do artigo 87 da Lei nº 12.529/2011 trata de exceção à criminalização do cartel dispondo que, na hipótese de celebração de Acordo de Leniência não será mais, a conduta, considerada típica. Outro aspecto relevante a defender tal entendimento é o de que ninguém obriga o Estado a legislar, seu exercício legislativo é de decisão exclusivamente sua. Assim, uma vez consolidada uma lei no ordenamento jurídico brasileiro é obrigação do Estado cumpri-la da maneira como a instituiu pela vedação ao *venire contra factum proprium* ou à atuação contrária a uma disposição imposta pelo próprio Estado.

Essa prática, portanto, afronta, também, o princípio da boa-fé que deve reger a atuação da Administração Pública perante o sujeito de direitos e é configurada na atividade imoral em face do jurisdicionado, incidindo em afronta específica aos ditames do artigo 37 da Constituição da República de 1988.

Em síntese, a posterior apresentação de denúncia pelo Ministério Público em face do leniente incorre em afronta inexorável aos ditames da Constituição, e, conseqüentemente, não pode ser levada a cabo pela atuação das instituições que compõem a estrutura da Administração Pública. Tal prática, também, acaba por afrontar o princípio do sistema acusatório, pois concentra, no Ministério Público, o poder de atuar, contrariamente, ao regramento expressamente imposto pela legislação de proteção à concorrência. Desta forma, O Ministério Público ignora, veementemente, a atuação dos demais organismos estatais e viola, sobremaneira, os direitos fundamentais do leniente.

Desse modo, a conclusão deste trabalho de Dissertação construído a partir de toda a análise a respeito do Direito Penal Econômico, dos crimes contra a ordem econômica e do sistema de garantias instituído pela Magna Carta é a de que é vedado, de forma cristalina, ao Ministério Público se atribuir a função de apresentar denúncia contra o indivíduo que firmou, previamente, Acordo de Leniência com o Ministério da Justiça. Esta atuação é, nitidamente, inconstitucional por encontrar óbice nas diretrizes do devido processo legal material veiculado pelo novo conceito de processo como meio de garantia do sujeito em face do Estado.

Assim, denota-se que a introdução do instituto no ordenamento brasileiro deve levar, em consideração, sua principal característica – o sigilo e, também, assegurar a proteção do leniente em face dos demais coautores e da ação ilegítima do Estado em apresentar denúncia por intermédio do Ministério Público. O Estado é uno, e deve agir com coerência em seu todo, não sendo admissível que uma instituição venha a se comportar, contrariamente, à outra.

Com efeito, o único fator que, efetivamente, poderia dificultar a implementação do Programa de Leniência de maneira adequada no Brasil seria a inobservância do dever do Estado para com o leniente após a celebração do Acordo. Não se pode olvidar que a colaboração conferida pelo delator pode vir a comprometê-lo quando de sua reinserção no mercado, de maneira a provocar atos de boicote pelos demais empresários que, outrora, compuseram o cartel com o leniente. Deve, portanto, ser garantido seu tratamento sob o crivo da lei de proteção às testemunhas, assegurando que sua identidade não seja jamais revelada mantendo o mais absoluto sigilo sobre todo o procedimento da delação premiada.

Somente assim, estar-se-á, efetivamente, obedecendo ao regramento da Constituição da República de 1988, e, somente sendo esta observada, é que será, coerente, a inserção de qualquer instituto no ordenamento jurídico brasileiro.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

AGUILAR, Fernando Herren. **Direito econômico: do direito nacional ao direito supranacional**. São Paulo: Atlas, 2006.

ANDRADE, Lédio Rosa de. **Violência, psicanálise, Direito e cultura**. 2. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão da segurança jurídica**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

\_\_\_\_. **Sistema penal máximo x cidadania mínima**. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

\_\_\_\_. **Pelas mãos da criminologia – o controle penal para além da (des) ilusão**. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias do pensamento criminológico**. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

AUSTRÁLIA. AUSTRALIAN COMPETITION & CONSUMER COMMISSION (ACCC). **ACCC immunity program for cartel conduct**. Disponível em <<http://transition.accc.gov.au/content/item.phtml?itemId=879795&nodeId=f66a352b170982e5308039195ba68521&fn=Immunity%20policy%20for%20cartel%20conduct.pdf>> Acesso em 15 de março de 2013.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**.

BARRILARI, Claudia Cristina. **Algumas considerações sobre os crimes de perigo e o direito penal econômico**. Revista dos Tribunais – ano 100 – n. 903 – janeiro 2011.

BARROS, Flaviane de Magalhães. **(Re)forma do processo penal – comentários críticos dos artigos modificados pelas leis n. 11.609/08, n. 11.719/08 e n. 11.900/09**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996.

BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução Crítica à criminologia brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BECKER, L.A. **Qual é o jogo do Processo?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012.

BIACHERINI, Ana Carla. **Defesa Comercial**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BIANCHINI, Alice. **Direito penal econômico: os fins justificam os meios?** Boletim IBCCRIM, São Paulo: IBCCRIM – vol. 7 – n. 84 – novembro 1999.

BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **CARTILHA DO CADE DE COMBATE A CARTÉIS E ACORDO DE LENIÊNCIA**. Disponível em

<

[http://www.cade.gov.br/upload/Cartilha%20Leniencia%20SDE\\_CADE.pdf](http://www.cade.gov.br/upload/Cartilha%20Leniencia%20SDE_CADE.pdf)>. Acesso em 02 de março de 2013.

\_\_\_\_\_. **CARTILHA DE COMBATE A CARTÉIS EM LICITAÇÃO – Guia prático para pregoeiros e membros de comissão de licitação**. Publicação Oficial: Departamento de Proteção e Defesa Econômica da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, 2008.

\_\_\_\_\_. **Estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência**. Disponível em

<<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?712be4dc4cee470b>> Acesso em 04 de março de 2013.

\_\_\_\_. IBRAC. **Relatório de sugestões de aperfeiçoamento do programa de leniência brasileiro**. Disponível em <<http://ibrac.org.br/Evento.aspx?Id=16>> Acesso em 10 de março de 2013.

\_\_\_\_. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MS 22155/GO – GOIÁS, Rel. Min. Celso de Mello, j. 27.09.1995.

\_\_\_\_. Lei 8.137/90 – Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8137.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8137.htm)>.

\_\_\_\_. Lei 8.884/94 – Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8884.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8884.htm)>.

BUENO, Cassio Scarpinela. **Curso sistematizado de direito processual civil**. v. 2. tomo 1. São Paulo: Saraiva, 2009.

BÜLLOW, Oskar Von. **Teoria das exceções e dos pressupostos processuais**. São Paulo: LZN, 2003.

BUZANELLO, José Carlos. **Direito de Resistência Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CALDEIRA, Felipe Machado. **A conformação constitucional do direito penal econômico e a impossibilidade de sobreposição de sanções administrativa e penal**. Revista brasileira de ciências criminais – ano 20 – n. 95 – abril de 2012.

CANADÁ. < <http://www.accc.ca/> >

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do Processo Penal**. São Paulo: Conan, 1997.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

\_\_\_\_. **Considerações a sobre o discurso das reformas penais**. In ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Verso e reverso do controle penal: (des) aprisionando a sociedade da cultura punitiva**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CATTONI, Marcelo. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentus, 2002.

\_\_\_\_\_. **Direito processual constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentus, 2001.

CHOUKR, Fause Hassen. **Processo penal de emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CHRISTIE, Nils. **A indústria do controle do crime**. Tradução: Luís Leiria. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito penal: a nova parte geral**. Rio de Janeiro: Forense.

\_\_\_\_\_. **Teoria da pena: fundamentos jurídicos e aplicação judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CORDEIRO, Néfi. **Delação premiada na legislação brasileira**. Revista Ajuris – ano XXXVII – n. 117 – março de 2010.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda e CARVALHO, Edward Rocha de. **Acordos de delação premiada e o conteúdo ético mínimo do Estado**. Revista Jurídica – ano 54 – n. 344 – junho de 2006.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti de. **O novo processo penal à luz da Constituição – Análise crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal**. v. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

\_\_\_\_\_. **O novo processo penal à luz da Constituição – análise crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal**. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Canotilho e a Constituição Dirigente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

\_\_\_\_. **Efetividade do processo e golpe de cena: um problema às reformas processuais.** In *Jurispoiesis – revista Jurídica dos Cursos de Direito da Universidade Estácio de Sá*. Rio de Janeiro: 2002.

\_\_\_\_. **Crítica à teoria geral do Direito Processual Penal.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_. **A lide e o conteúdo do Processo Penal.** Curitiba: Juruá, 1998.

CUADERNOS DE DERECHO JUDICIAL. **Derecho penal económico.** CONSEJO NACIONAL DEL PODER JUDICIAL – ESCUELA JUDICIAL.

DAMASKA, Mirjan R. **The faces of justice and state authority – a comparative approach to the legal process.** Yale University Press, 1986.

DANTAS, Renata. **A confissão de culpa como requisito para celebração de termo de compromisso de cessação de prática em casos de cartel.** Interesse Público – ano XIII – n. 66 – 2011.

DIMOLIUS, Dimitri. **O caso dos denunciantes invejosos.** 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

DIMOLIUS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

DO VALLE, Juliano Keller. **Crítica à delação premiada – uma análise através da teoria do garantismo penal.** São Paulo: Conceito, 2012.

E de Beaumont e A de Toqueville. **Le système pénitenciaire aux Etats-unis.** 3. ed. 1845.

ESTADOS

UNIDOS.<<http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/0091.htm>>.

ESTUDIOS DE DERECHO JUDICIAL. **Derecho Penal Económico.** CONSEJO NACIONAL DEL PODER JUDICIAL. n. 72.

FAZZALARI, Elio. **Instutuzioni di diritto processuale**. Porto Alegre: Síntese, 1980.

FELDENS, Luciano. **A constituição Penal – a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

\_\_\_\_. **Tutela penal de interesses difusos e crime de colarinho branco**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

FELDENS, Luciano; STRECK, Lenio Luiz. **Crime de constituição: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão – Teoria do garantismo penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FILHO, Calixto Salomão. **Apontamentos para formulação de uma teoria jurídica dos cartéis**. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro – ano XL – n. 121.

FULLER, Lon L. **O caso dos exploradores de cavernas**. 10. ed. Porto Alegre: 1999.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformas (?) do processo penal – considerações críticas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa – história de um conceito**. Revista de Direito Administrativo – v. 230 – outubro/dezembro de 2002.

\_\_\_\_. **A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública – o conteúdo dogmático da moralidade administrativa**. São Paulo: Malheiros, 2002.

GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**. São Paulo: perspectiva, 2005.

GOMES, Orlando. **Direito Econômico**. São Paulo: Saraiva, 1977.



HASSEMER, Winfried. **Crisis y características del moderno derecho penal. Actualidad Penal.** Madrid, nº 43/22 de 1993.

\_\_\_\_\_. **Segurança Pública no Estado de Direito.** Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: RT, nº 05, jan./mar. 1994.

\_\_\_\_\_. **Perspectivas de uma moderna política criminal.** Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: RT, nº 08, out. 1994.

\_\_\_\_\_. **Perspectivas de uma política criminal. Três temas de direito penal.** Porto Alegre: FESMP, 1993.

\_\_\_\_\_. **Processo penal e direitos fundamentais.** Revista Del Rey jurídica. Ano 8, nº 16, 1º semestre de 2006.

HESSE, Conrad. **A força normativa da Constituição.** Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991.

JAKOBS, Günter. MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo.** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008. p. 42.

JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. **Comentários pontuais às reformas processuais civil e penal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

JORGE, André Guilherme Lemos. **Tribunal Administrativo e a supremacia da Constituição Federal – a aplicação da Constituição Federal pelos julgadores administrativos. Uma resposta dada pelo sistema jurídico a partir da obra de Mário Losano.** Curitiba: Juruá, 2013.

JUNIOR, Miguel Reale. **Despenalização no direito penal econômico: uma terceira via entre o crime e a infração administrativa?** Revista Brasileira de Ciências Criminais – ano 7 – n. 28 – outubro/dezembro de 1999.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura.** Rio de Janeiro: Ediouro.

KARAM, Maria Lúcia. **A esquerda punitiva.** In **Discursos sediciosos.** Rio de Janeiro, 1996.

KRAUSE, Martin. **Análises Económico del derecho – aplicación a fallos judiciales.** Buenos Aires: La ley, 2006.

LAMY, Eduardo de Avelar; RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Teoria geral do processo.** 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

LOPES JR., Aury. **Introdução crítica ao processo penal – fundamentos da instrumentalidade garantista.** 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

\_\_\_\_. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas – Lei 12.403/2011.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

\_\_\_\_. **Direito Processual Penal.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MACHADO, Hugo de Brito. **A denominada sanção premial no âmbito do Direito Tributário.** Interesse Público – n. 64.

MALAN, Diogo Rudge. **A sentença incongruente no processo penal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

\_\_\_\_. **Direito ao confronto no processo penal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MALAN, Diogo. PRADO, Geraldo. **Processo penal e democracia – estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988.** Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009.

MALAN, Diogo; DO AMARAL, Thiago Bottino. **Direito penal e economia.** Rio de Janeiro: Campus.

MATTOS, Sérgio Weltzel de. **Devido processo legal e proteção de direitos.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MENDRONI, Marcelo Batlouni e FARINA, Fernanda Mercier Querido. **Alterações penais da nova Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.** Revista dos Tribunais – ano 102 – vol. 927 – janeiro de 2013.

MENSAGEM DE VETO PRESIDENCIAL – Disponível em  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Msg/VEP-536.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Msg/VEP-536.htm)>.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Decisão Penal – a bricolage de significantes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

\_\_\_\_. **Canotilho e o sujeito moderno: ainda sobre Constituição Dirigente**. Diário da Justiça – Jornal Estado do Paraná, Curitiba, 15 de fevereiro de 2004.

\_\_\_\_. **O que é garantismo jurídico?** Florianópolis: Habitus, 2003.

\_\_\_\_. **Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material**. Florianópolis: Habitus, 2002.

\_\_\_\_. **Guia compacto do Processo Penal conforme a teoria dos jogos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

MORAIS DA ROSA, Alexandre; CARVALHO, Thiago Fabres de. **Processo penal eficiente é ética da vingança – em busca de uma criminologia da não violência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

NASH, John. The bargaining problem. *Econometrica*. Vol. 18. n. 2 – abril de 1950. pp. 155-162. Pode ser encontrado em:  
<<http://www.math.mcgill.ca/vetta/CS764.dir/nashbarg.pdf>>.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

Orth, John V. **Due process of law – a brief history**. University Press of Kansas, 2007.

PAGOTTO, Leopoldo; MAGGI, Bruno Oliveira e GRECCO, Gabriel Noronha. **A nova lei de defesa da concorrência – Lei 12.529/11**. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais – ano 15 – vol. 55 – janeiro/março de 2012.

PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves. **O princípio do devido processo legal – direito fundamental do cidadão**. Coimbra: Almedina, 2009.

PEREIRA, Ruitemberg Nunes. **O princípio do devido processo legal substantive**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

PETEFFI DA SILVA, Rafael. **A responsabilidade civil pena perda de uma chance – uma análise do direito comparado brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel. **Direito penal econômico e da empresa**. Coleção Doutrinas Essenciais. São Paulo: Revista dos Tribunais.

SALAS, Denis. **La volonté de punir – Essai sur Le populism pénal**. França: Hachette Littératures.

SALOMI, Maíra Beauchamp. **O acordo de leniência e seus reflexos penais**. Dissertação apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SCAFF, Fernando Facury. **Responsabilidade civil do Estado Intervencionista**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SHIRAKI, Ariella Toyama. **A legitimidade do direito penal econômico como direito penal de perigo – Uma análise à luz dos princípios da lesividade e da intervenção mínima**. Revista Brasileira de Ciências Criminais – ano 18 – n. 83 – março/abril 2010.

SICA, Leonardo. Tutela penal da ordem econômica no Direito Brasileiro: comparação entre as Leis n. 8.137/90 e 8.884/94. In PEREIRA, Flávia Rahal Bresser; VILARDI, Celso; DIAS NETO, Theodomiro (coordenadores). *Análise contemporânea*. p. 170.

SILVA, Vladimir Spíndola. **O instituto da leniência no direito antitruste norte-americano**. Revista do IBRAC. São Paulo: IBRAC – n. 1 – v. 9 – 2002.

SMITH, Adam. **A riqueza das nações**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SOARES, Rafael Junior. **Da impossibilidade do uso do acordo de leniência como forma de impedir o oferecimento de denúncia pelo Ministério Público**. Boletim IBCCCRIM  
<[http://www.ibccrim.org.br/desenv/site/boletim/exibir\\_artigos.php?id=3535](http://www.ibccrim.org.br/desenv/site/boletim/exibir_artigos.php?id=3535)>

SOBRAL, Ibrahim Acácio Espírito. **O acordo de leniência: avanço ou precipitação?** Revista do IBRAC. São Paulo: IBRAC – n. 2 – v. 8 – 2001.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso – Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. UNIÃO EUROPÉIA. <  
<http://ec.europa.eu/competition/cartels/leniency/leniency.html>>.

\_\_\_\_\_. <  
[http://ec.europa.eu/competition/cartels/legislation/leniency\\_legislation.html](http://ec.europa.eu/competition/cartels/legislation/leniency_legislation.html)>.

\_\_\_\_\_. < <http://ec.europa.eu/competition/ecn/documents.html>>.

VALÉRIO, Marco Aurélio Gurnieri. **Acordo de leniência: a delação premiada como instrumento de combate ao cartel**. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo: Malheiros, n. 143 – v. 45 – julho/setembro de 2006.

VALIM, Rafael. **O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2010.

VICENTINI, Pedro C. E. A. **A confissão de culpa nos termos de compromisso de cessação de prática: requisito essencial ou prescindível, face ao programa de leniência?** Revista do IBRAC, São Paulo:IBRAC – n. 17 – janeiro/junho 2010.

VIEIRA, Caroline Sanselme. **O primeiro acordo de leniência firmado no Brasil**. Revista de Direito Internacional Econômico –ano 11 – maio/junho de 2005.

VILELA, Juliana Girardelli. **Aspectos relevantes do programa de leniência.** Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo: Malheiros. N. 139 – v. 44 – junho/setembro de 2005.

WAAL, Cornelis. **Sobre pragmatismo.** São Paulo: Edições Loyola, 2005.

WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal – uma introdução à doutrina da ação finalista.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal.** 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo. **Direito penal brasileiro.** Rio de Janeiro: Revan.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral.** v. 1. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.